إصدارات الجمعية الفقهية السعودية
الدراسات الفقهية (١٥)

الجمعية
الفقهية
السعودية

بيع العقار وتأجيره

في الفقه الإسلامي

تأليف
عدلان بن غازي بن علي الشمراني
غفر الله له ولوالديه ولمشايخه وللمسلمين

اعتنى به
فراس بن خالد بن عبد العزيز الغنام
غفر الله له ولوالديه ولمشايخه وللمسلمين

المجلد الأول

العبيكان
Obeikan

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشمراني، عدلان غازي

بيع العقار وتأجيره في الفقه الإسلامي. / عدلان غازي الشمراني. ـ الرياض، ١٤٣٧هـ

٢مج

ردمك: ٩ـ٩٢٣ـ٣٠٥ـ٦٠٣ـ٩٧٨ (مجموعة)

٦ـ٩٢٤ـ٣٠٥ـ٦٠٣ـ٩٧٨ (ج١)

١ ـ العقارات (فقه إسلامي) أ. العنوان

ديوي ٢٥٣,٩ ١٤٣٧/٤٥٣٥

الطبعة الأولى

١٤٣٧ - ٢٠١٦م

صدر هذا الكتاب بالتعاون مع شركة العبيكان للتعليم



المملكة العربية السعودية - الرياض - حي الفلاح -

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

info@alfiqhia.org.sa

هاتف: ٠١١٢٥٨٢٣٣٢

امتياز التوزيع
شركة مكتبة
العبيكان
Obeikan

المملكة العربية السعودية - الرياض - المحمدية -

طريق الأمير تركي بن عبدالعزيز الأول

هاتف: ٤٨٠٨٦٥٤ - فاكس: ٤٨٨٩٠٢٣ ص. ب:

٦٢٨٠٧ الرياض ١١٥٩٥

بسم الله الرحمن الرحيم



تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن الجمعية الفقهية السعودية عملت على نشر عدد من الرسائل العلمية المتميزة والبحوث الأكاديمية القيمة لأعضائها ومنتسبيها العاملين وفاءً لهم، واعترافًا بدورهم الإيجابي الفعَّال في خدمتها وإثرائها.

ومن هؤلاء فضيلة الشيخ الدكتور عدلان بن غازي الشمراني الأستاذ المشارك في قسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض(رحمه الله) فقد رأت الجمعية ـ بعد موافقة مجلس إدارتها ـ طباعة رسالتيه الدكتوراه والماجستير؛ لكون الشيخ معروفًا بدقة فهمه، وجودة قريحته، وقوة طرحه، وحسن عرضه، وسلاسة أسلوبه.

وها هي رسالته (الدكتوراه) الموسومة بـ (بيع العقار وتأجيره في الفقه الإسلامي)، وقد نال بها الدرجة بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى سنة ١٤١٠هـ، بإشراف معالي شيخنا العلامة الأستاذ الدكتور عبدالله بن علي الركبان ـ حفظه الله ـ.

وقد أحالت الجمعية ـ كما هو معهود في عمل الجمعيات العلمية ـ هذه

الرسالة إلى عدد من الفاحصين المتخصصين، لإبداء الرأي في طباعتها من عدمه، وقد أفادت تقريراتهم بقيمة البحث العلمية وأهميته، وظهور شخصية الباحث بقوة من خلال الاستدلال والمناقشة والترجيح، وامتياز البحث بطول النفس في عرض المسائل ومعالجتها معالجة علمية دقيقة، كذلك عدم اقتصار المؤلف على بيع العقار وتأجيره فقط، بل تعداه إلى أحكام الشفعة، والارتفاق، والوقف، والرهن، والحجر وغيرها، ليصبح البحث موسوعة فقهية متعلقة بالعقار. بالإضافة إلى تنوع المصادر وكثرتها، وغير ذلك ممَّا دفع الجمعية دفعًا لطباعة الرسالة، ليفيد منها الخاصة والعامة.

ونظرًا لأن الرسالة قديمة مطبوعة بالآلة الكاتبة، فقد أعيدت طباعتها وصفُّها، بإشراف الشيخ الفاضل فراس بن خالد الغنام أمين البحث والنشر العلمي؛ حيث قام بمقابلة المطبوع على الأصل مع الرجوع إلى ما خطه الشيخ بيده عند الحاجة، وتصحيح الأخطاء واستدراكها مع الرجوع إلى المصادر التي رجع إليها الشيخ عند الحاجة، وإحالة العزو إلى ما طبع من المصادر المخطوطة التي نقل منها الشيخ، وقد أخذ منه هذا العمل جهدًا طويلًا، نسأل الله أن يجزيه على عمله هذا خير الجزاء، وأن يتغمد الشيخ عدلان بواسع رحمته، وأن يجمعنا وإياه في جنته مع النبيين والصديقين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقًا.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

رئيس مجلس إدارة الجمعية الفقهية السعودية
أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف



ترجمة المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ

هو الشيخ الدكتور عدلان بن غازي بن علي آل علي المشاييخ الشمراني[(١)]، ولد عام (١٣٧٥هـ) في قرية الصفي ببلاد شمران تهامة، درس المرحلة الابتدائية بقريته بتهامة شمران، ثم انتقل إلى مدينة جدة لإكمال دراسته في المعهد العلمي هناك، فدرس المرحلتين المتوسطة والثانوية في المعهد العلمي بجدة وتخرج فيه عام (١٣٩٣هـ).

ثم انتقل إلى مدينة الرياض لإكمال الدراسة الجامعية، فالتحق بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، وتخرج فيها عام (١٣٩٨هـ)، ثم اختير معيدًا بقسم الفقه في الكلية نفسها، وقد حصل على درجة الماجستير بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى عام (١٤٠٣هـ)، وكانت رسالته بعنوان «أثر اختلاف الدين في عقد الزواج وتوابعه»، ثم حصل على درجة الدكتوراه بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى أيضًا عام (١٤١٠هـ)، وكان عنوان رسالته «بيع العقار وتأجيره في الفقه الإسلامي».

---

(١) الشمراني حلفًا لا نسبًا، فالمشاييخ فخذ من الأشراف يعود نسبهم إلى الإمام الحسين بن علي بن أبي طالب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، لكنهم دخلوا قي قبائل عدة من باب الحلف، كما هو مشهور عنهم وكما أخبرني د. غازي بن عدلان.

وقد أشرف على رسالتيه (الماجستير والدكتوراه) معالي الشيخ أ.د. عبدالله بن علي الركبان حفظه الله.

بعدها عُيِّن الشيخ على درجة أستاذ مساعد في قسم الفقه، ثم تمت ترقيته إلى أستاذ مشارك عام (١٤٢٤هـ).

وقد أوفد من الجامعة للتدريس بفرعها «كلية الشريعة واللغة العربية» بإمارة رأس الخيمة بدولة الإمارات العربية المتحدة، لمدة سبع سنوات في الفترة من (١٤١٤هـ إلى ١٤١٩هـ)، ثم من (١٤٢٤هـ إلى ١٤٢٧هـ)، وقد تولى رئاسة قسم الشريعة هناك خلال الفترة (١٤٢٥هـ ـ ١٤٢٧هـ)، وكانت له دروس علمية في بعض المساجد بإمارة رأس الخيمة، ثم عاد إلى كليته بالرياض، واستمر في التدريس بها إلى أن أُحيل للتقاعد غرة شهر رجب عام (١٤٣٥هـ)، بعد بلوغه سن التقاعد، وقد عمل في الجامعة لمدة سبع وثلاثين سنة أستاذًا للفقه بكلية الشريعة.

وقد أشرف على العديد من الرسائل العلمية في مرحلتي الماجستير والدكتوراه، كما ناقش الكثير من الرسائل في هاتين المرحلتين في الجامعة وغيرها.

تتلمذ الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ على مجموعة من المشايخ الذين درَّسوه في الكلية ثم زاملهم بها، منهم: معالي الشيخ أ.د. عبدالله الركبان، والشيخ أ.د. صالح بن غانم السدلان، والشيخ أ.د. محمد بن أحمد الصالح، والشيخ د.عبدالرحمن بن محمد السدحان، وغيرهم أثابهم الله...

كان رَحِمَهُ ٱللَّهُ يتميز بأسلوب شائق وممتع في شرحه؛ فلا يجد الملل سبيلًا إلى الطلاب في درسه، وكان يتمتع بروح خفيفة ونفس طيبة، وكان صاحب عبارات رشيقة وتعامل راقٍ، فتعلم منه طلابه الأدب الرفيع قبل العلم، وخلق التواضع مع الحِلم...

كان مثالًا يُحتذى به في التواضع الجَّم والخلق الرفيع، لا أذكر أني رأَيتُهُ إلّا بشَّ وتبسم في وجهي...

كان رحمه الله وفيًّا لأساتذته ومشايخه؛ فكثيرًا ما كان يذكرهم ويُثني عليهم...

وكان أيضًا متعاونًا جدًّا مع الطلاب سواء في تدريسه، أو في الإشراف والإرشاد العلمي، فكان يراعي الجانب النفسي للطالب حال مناقشة الرسائل؛ فيحاول أن يُبرز مميزات الرسالة ويُثني على جهد الطالب؛ ليخفف عنه رهبة المناقشة، مع إبداء الملاحظات الدقيقة، والتوجيهات القيمة، مع حرصه على عدم الإطالة في المناقشة، بل يناقش ما يحتاج إلى مناقشة ويُسَلِّم الطالب بقية الملحوظات.

وتميز رحمه الله بسرعة الإنجاز لما يُسند إليه، مع الإتقان دون تعثر أو تأخر.

حدثني بعض من أشرف عليهم رحمه الله بأنه كان لا يتأخر في إنجاز ما يُسلَّم إليه من البحوث، بل ينجزها في أقل من الوقت المتوقع، مع إبداء الملحوظات والوقوف مع الطالب فيما يعوقه...

قال عنه فضيلة الشيخ أ.د. حسين بن عبدالله العبيدي ـ رئيس قسم الفقه سابقًا ـ: (وقد كان طيلة عضويته في القسم مثالًا للأُستاذ القائم بعمله على الوجه الأمثل، فقد كان القسم آنذاك يستعرض المخططات المقدمة للتسجيل في مرحلتي الماجستير والدكتوراه، فكان رحمه الله يقرأها صفحة صفحة، وكان أحد المشهورين بقراءة المخططات قراءة فاحصة متميزة، وكان له رأي واضح عند دراسة تلك المخططات... فلا يحضر الجلسة إلا وقد استعدَّ لها وأبدى الرأي فيها. وإذا جئنا إلى تميزه في الإشراف العلمي على الرسائل، وجدته ذا حظ وافر من حيث الدقة والمتابعة، حتى مع ظروفه الصحية، واستمر راغبًا في التدريس حتى أُحيل على التقاعد).

ومما قيل عنه أيضًا: (كان يحظى بمحبة كبيرة بين أعضاء القسم، لا أعلم بينه وبين أحد عداوة... زاملته فكان من خيرة الناس علمًا وخُلقًا وتواضعًا... من خيار أساتذة الشريعة خلقًا وتعليمًا... كان مثالًا يُحتذى في حسن الخلق والتواضع... تعلمت من أدبه قبل علمه، ما رأيته إلا بشوشًا مبتسمًا... كان متبسطًا يألف ويُألف، فألفه زملاؤه وطلابه وأحبوه).

جمع رَحِمَهُ اللهُ إلى جانب علمه وخلقه حسن العبادة، فقد كان قلبه مُعلقًا بالصلاة حريصًا عليها... أذكر أني اتصلت به قبل وفاته بأشهر ـ وكان قد انتقل إلى منزل جديد ـ فدعوت له بالبركة. فكان أول ماذكر عن المنزل أن قال: أُبشرك أنه قريب من المسجد وأثنى على إمام وجماعة المسجد... بل حدثني أحد جماعة مسجده أن جماعة المسجد وجيرانه أحبوه وألِفوه، مع أنه لم يمكث معهم طويلًا رَحِمَهُ اللهُ...

نتاجه العلمي:

١ ـ «أثر اختلاف الدين في عقد الزواج وتوابعه» (رسالة ماجستير) ستطبع إن شاء الله.

٢ ـ «بيع العقار وتأجيره في الفقه الإسلامي» (رسالة دكتوراه) وهي الكتاب الذي بين يدينا.

٣ ـ «أثر الوفاة أو التفليس في حلول الديون المؤجلة في الفقه الإسلامي».

بحث محكم منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٦٢.

٤ ـ «أثر الوفاة في عقود التوثيق في الفقه الإسلامي».

بحث محكم منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد ٥٦.

٥ ـ «حكم استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي».

بحث محكم منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٤٠.

٦ ـ «شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي».

بحث محكم منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٣٩.

٧ ـ «زيادة الثمن للأجل» بحث محكم منشور في مجلة العدل، عدد ١٨.

٨ ـ «الكمبيالة حقيقتها وحكمها».

٩ ـ «العدل في القضاء وآثاره الاجتماعية» وهو بحث التخرج لمرحلة البكالوريوس في كلية الشريعة بالرياض، وقد أشرف عليه فيه فضيلة الشيخ/ فهد بن حمين بن حمد الفهد رحمه الله.

وفاته:

عانى رحمه الله من عدة أمراض مزمنة، فقد كان يُعاني من فشل كلوي في آخر عشر سنوات من عمره، فلم يظهر عليه إلا الرضا والحمد، وكان كثيرًا ما يقول ـ عندما أسأله عن صحته ـ: (أبشرك في خير وإلى خير)، ولم يثنه مرضه ذلك عن البذل والعطاء، والتعاون مع الزملاء والطلاب، ولم تغب ابتسامته وبشاشته، ولم يلبث طويلًا بعد تقاعده، فقد فُجِع زملاؤه ومحبوه بخبر وفاته، بعد حياة علمية حافلة بالتدريس، وكانت وفاته رحمه الله فجر السبت الخامس عشر من شهر الله المحرم عام ١٤٣٦هـ، في منزله بمدينة الرياض، عن عمر يناهز الستين عامًا غفر الله له ورحمه، وصُلِّي عليه في جامع الملك خالد، وشيعه جمع غفير من زملائه وطلابه ومحبيه وذويه، ودفن في مقبرة أم الحمام بالرياض... والفقيد له أربعة من الأبناء وست من البنات، وأكبر أبنائه هو الدكتور غازي، استشاري القسطرة والأشعة التشخيصية وأستاذ مشارك في جامعة الملك خالد بأبها.



يليه: علي، مستشار قانوني في وزارة الداخلية.

ثم أحمد، طبيب خرِّيج.

ثم خالد، طالب في كلية الطب بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

وبرحيله فقد طلاب العلم بكلية الشريعة أُستاذًا متعاونًا وأبًا حنونًا...

وفقدت الكلية أحد منسوبيها الأفاضل...

رحم الله الفقيد وأسكنه فسيح جنانه...

كتبها

فراس بن خالد بن عبد العزيز الغنام

يكتب بعد الكلام السابق مباشرة ١٦

الخاتمة :

وتتضمن خلاصة موجزة للبحث مع الإشارة إلى أهم نتائجه.

ويأتي بعدها ثبت المصادر والمراجع، ثم الفهارس، وقد اقتصرت فيها على فهرس للآيات، وآخر للأحاديث، وثالث للآثار، وأخيراً فهرس محتويات البحث.

وإني لأرجو أن أكون قد وفقت إلى تحقيق ما عزمت على بحثه على الوجه المرضي، فإن تحقق ذلك فلله الحمد والمنة، وإن كانت الأخرى فهذا الجهد هو جهد من هو معرض للصواب والخطأ، إذ هو جهد بشر، ومن صفات البشر النقص، والكمال لا يكون إلا لرب البشر سبحانه.

وفي الختام أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لأستاذي الشيخ الدكتور: عبد الله بن علي الركبان - أستاذ الفقه بالدراسات العليا بالجامعة والمشرف على الرسالة الذي أسبغ عليّ من علمه الواسع، ووقته الثمين، ما يسر لي السبيل في إعداد هذا البحث، فقد جاد عليّ بملاحظاته القيمة، وآرائه النفيسة

نموذج من خط المؤلف رحمه الله

تم بعون الله الفراغ من هذا البحث يوم السبت ١٤١٠/٨/٣هـ بعد الظهر
وهو ... في (٤٥)

٤٢ ١٥

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - صحة العقد، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول:

قوة ما استدلوا به، ووجاهة ذلك، مع سلامته من
المناقشة ما يجعله صالحًا لبناء الحكم عليه.

السبب الثاني:

ضعف ما استدل به القائلون ببطلان العقد، مع تعرضه لمناقشة
تقوضه مما يجعل غيره أولى منه.

السبب الثالث:

أن المؤجر والمستأجر قد عقدا العقد مع العلم بأن المدة قد تكون
أكثر من عمر أحدهما فكان ذلك دليلًا على رضاهما بما يحصل لكل منهما
من انقضاء مدة حيازة المعقود عليه.

السبب الرابع:

أن في القول بصحة العقد حماية لكلام المتعاقدين، وصونًا
لعقدهما عن الإلغاء، وذلك مما حث الشارع عليه. وبالله التوفيق.

نموذج من خط المؤلف رحمه الله



المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستهديه، ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهد الله فهو المهتد، ومن يضلل فلن تجد له وليًّا مرشدًا.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين.

وبعد:

فقد اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون الشريعة الإسلامية خاتمةَ الشرائع السماوية، لإصلاح الخلق، وتبصيرهم بدروب السعادة.

كما اقتضت حكمته سبحانه أن تتخذ صفة العالمية والدوام للناس حتى تقوم الساعة.

وقد جاءت هذه الشريعة تحمل في نظمها وتعاليمها ما يجعلها جديرة بهذه الغاية السامية، حافلة بكل المعاني التي تحفظ لها صفة الدوام والعموم.

ولقد يسَّر الله في هذه البلاد سبلَ العلم النافع، وأنعم علينا من فضله الكريم، فسهل لنا دروب العلم، فبعد نيل درجة الماجستير في الفقه، بحثت عن موضوع يصلح لنيل درجة الدكتوراه، فانتهيت إلى موضوع:

«بيع العقار وتأجيره في الفقه الإسلامي»

أما أسباب اختيار هذا الموضوع فيمكن إجمالها في الآتي:

١ ـ أن البحث في المعاملات له أهمية كبيرة في حياة البشر، لأنه يشمل جميع طبقات المجتمع، أفرادًا وجماعات وحكومات.

٢ ـ أن الناس يتقلبون في هذه الحياة على هذه الأرض ويسعون في مناكبها لطلب الرزق، ويتخذون منها البيوت والمزارع ومرافق الحياة، وعليها تقوم تجاراتهم وصناعاتهم فلا غنى للإنسان عن تملك العقار، وهو من أعظم ما يتملك ويحتاج إليه.

٣ ـ أن كثيرًا من المشكلات بين الناس وبخاصة في الوقت الحاضر، تحدث بسبب تملك العقار وحيازته، فقد أدى التقدم الحضاري إلى التطور العمراني، وهذا من شأنه أن يولد المشاحة والنزاع بين بني البشر، فكان في بحث هذا الموضوع فائدة ظاهرة لبيان وجه الحق فيما يقع الخلاف فيه.

٤ ـ اهتمام الناس بالعقار اهتمامًا ظاهرًا والتسابق في تملكه وتشييد العمارات، وما يحدث من بعضهم من التعدي على أراضي الغير وغصبها وادعاء ملكيتها، وقد يعمد بعضهم إلى إحياء بعض الأمكنة التي خصصتها الدولة للمرافق العامة، فكان لا بد من توضيح هذا الأمر، وتبصير الناس بالحق فيه.

٥ ـ أن أحكام بيع العقار وتأجيره متناثرة في أبواب الفقه المختلفة فهي في: البيع، والإجارة، والرهن، والصلح، والحجر، والشركة، والمزارعة، والشفعة، وإحياء الموات، والوقف، وغير ذلك من أبواب الفقه، فكان في جمع أحكام بيع العقار وتأجيره وإبراز ذلك بصفة مستقلة، إضافة علمية جديدة تضاف إلى المكتبة الإسلامية، ليسهل بذلك الرجوع إلى أحكامه التفصيلية عند الحاجة إلى ذلك.

هذا ولا أعلم ـ فيما اطلعت عليه ـ وجود مؤلَّف حمل هذا العنوان، وجمع مادته العلمية، وهو موضوع حيٌّ يحتاج إليه الناس في كل زمان ومكان.

تلك هي أهمُّ الأسباب التي دفعتني إلى تسجيل هذا الموضوع.

وقد سلكت في تناوله المنهج الآتي:

١ ـ جمعت المادة العلمية من المصادر المختلفة معتمدًا على المصادر القديمة، وقد أرجع في بعض المسائل إلى الكتب الحديثة إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

٢ ـ بعد جمع المادة العلمية قمت بتصنيفها على الأبواب فالفصول فالمباحث فالمطالب فالفروع.

٣ ـ بعد عملية الفرز السابقة أدقق النظر في المادة المجمعة، فإذا كانت المسألة موضع اتفاق بين العلماء ذكرتها وسقت الأدلة عليها.

٤ ـ إذا كانت المسألة خلافيةً حصرت الأقوال فيها، فأذكرها أولًا، ثم أذكر أدلة القول الأول وأوجهها، وأذكر المناقشة ـ إن وجدت ـ ثم أذكر أدلة القول الثاني على نفس النهج، ثم أذكر الترجيح وسببه، وقد سلكت هذا المنهج في الكثير الغالب، وقد أخرج عن هذا المنهج في بعض المسائل لحاجة تدعو إلى ذلك.

٥ ـ اقتصرت على فقه المذاهب الأربعة في أكثر الأحيان.

وقد أضيف إليها أحيانًا مذهب الظاهرية، وأقوال بعض الأئمة سوى الأئمة الأربعة.

٦ ـ رجعت إلى كتب المذاهب لآخذَ آراءَ الفقهاء من منابعها الأصيلة، ولم أقتصرْ في المسألة الواحدة على كتاب واحد، بل أضم إليه غيره رغبة في الدقة والصحة، وتسهيلًا للرجوع إلى أحدها عند الحاجة، وهذا في الكثير الغالب، وقد يحدث أنْ أجد نقلًا في أحد كتب المذاهب عن إمام آخر فأرجع إلى كتب مذهبه، فإن وجدت ذلك ذكرته، وإن لم أجد في كتب

مذهبه ما يدل على ذلك صرحت بذكر مَنْ نقل عنه، وقد يحدث في بعض المسائل ألَّا أجدَ نصًا لمذهب من المذاهب الأربعة فأجتهد أحيانًا في التخريج له على ما أفهمه من قواعده وفروع مذهبه.

٧ ـ بينت معاني الكلمات التي تحتاج في نظري إلى تعريف وإيضاح، ورجعت في ذلك إلى كتب الحديثِ، واللغة والمعاجم، والفقه، حسب ما تحتاجه الكلمة المراد شرحها.

٨ ـ عزوت الآيات إلى سور القرآن الكريم، وخرجت الأحاديث والآثار من كتب الأحاديث والآثار، وأوردت كلام أهل العلم حول تلك الأحاديث والآثار بحسب الطاقة والوسع.

هذا وقد كان لهذا البحث مخطط عام، سرت عليه. وخلاصته على النحو الآتي:

خطة الرسالة:

الموضوع: «بيع العقار وتأجيره في الفقه الإسلامي».

يشتمل المخطط العام لهذا الموضوع على مقدمة، فباب تمهيدي، ثم بابين، وخاتمة على النحو الآتي:

- **المقدمة**:

وتشتمل على أهمية الموضوع وأسباب اختياره، ومنهج البحث وخطته.

- **باب تمهيدي**: ويشتمل على فصلين:

* **الفصل الأول**: تعريف العقار وتملكه:

المبحث الأول: تعريف العقار.

المبحث الثاني: الأرض تملك ملكًا خاصًا في الشريعة الإسلامية.

* **الفصل الثاني**: أنواع العقار وأقسامه:

المبحث الأول: تقسيم الأراضي باعتبار أصل حيازتها.

المطلب الأول: الأراضي التي أسلم أهلها عليها.

المطلب الثاني: الأراضي التي صولح عليها أهلها.

المطلب الثالث: الأراضي التي جلا أهلها عنها.

المطلب الرابع: الأراضي التي فتحت عنوة.

المطلب الخامس: الأراضي الموات.

النوع الأول: الأرض المملوكة العامرة.

النوع الثاني: الأرض المملوكة غير العامرة.

النوع الثالث: الأرض غير المملوكة.

القسم الأول: الأرض القريبة التي يتعلق بها حق الارتفاق.

القسم الثاني: الأرض القريبة من العمران، ولم يتعلق بها مصالحه.

القسم الثالث: الأرض البعيدة التي لم يتعلق بها مصلحة العمران.

المبحث الثاني: تقسيم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها.

المطلب الأول: الأراضي العشرية.

المطلب الثاني: الأراضي الخراجية.

- **الباب الأول: بيع العقار**

ويتكون هذا الباب من عشرة فصول:

* **الفصل الأول: حكم بيع العقار وشروطه.**

ويتناول الكلام فيه حكم بيع العقار وشروطه:

الشرط الأول: التراضي بالبيع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار.

المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

الشرط الثاني: أن يكون العاقد جائز التصرف.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مالًا.

ويتناول الكلام فيه حكم بيع حقوق الارتفاق:

١ ـ حق الشرب.

٢ ـ حق المجرى.

٣ ـ حق المسيل.

٤ ـ حق المرور.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه.

ويتناول الكلام في هذا الشرط خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة.

الملطب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة.

المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة.

المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها.

المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة.

الشرط الخامس: أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه.

ويشتمل الكلام في هذا الشرط على مطلبين:

المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب.

المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر.

الشرط السادس: أن يكون المبيع معلومًا.

والكلام في هذا الشرط على أربع مسائل:

المسألة الأولى: رؤية العقار المبيع.

المسألة الثانية: بيع العقار اعتمادًا على رؤية سابقة.

المسألة الثالثة: بيع العقار بالصفة.

المسألة الرابعة: كون العقار معلوم القدر.

الشرط السابع: أن يكون الثمن معلومًا.

ويتناول الكلام في هذا الشرط مسألتين:

المسألة الأولى: بعتك هذه الأرض كل ذراع بدرهم.

المسألة الثانية: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم.

* **الفصل الثاني**: زيادة العقار المبيع أو نقصه عما عقد عليه.

وينقسم الكلام في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: زيادة العقار المبيع، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن.

المبحث الثاني: نقص العقار المبيع، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن.

* **الفصل الثالث**: قبض العقار في البيع:

ويتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى القبض لغة واصطلاحًا.

المبحث الثاني: كيفية قبض العقار.

المبحث الثالث: شروط صحة القبض.

* **الفصل الرابع:** حكم بيع العقار المشترى قبل قبضه:

* **الفصل الخامس:** ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه.

ويشتمل الكلام في هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: ما يدخل في بيع الدار ونحوها.

المبحث الثاني: ما يدخل في بيع الأرض، ويتكون من سبعة مطالب:

المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض.

المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض.

المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض.

المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر.

المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في بيع الأرض.

المطلب السادس: حكم دخول الحجارة في بيع الأرض.

المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض.

المبحث الثالث: ما يدخل في بيع البستان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان.

المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية.

المبحث الرابع: دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في ثمر النخل، وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: بيع العقار، وفيه نخل ذات ثمر.

الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل.

الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه.

الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض النخل دون بعض.

الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير.

المطلب الثاني: بيان حكم ما عدا النخل من الشجر.

* **الفصل السادس:** الاستثناء في بيع العقار:

ويشتمل الكلام فيه على مبحثين:

المبحث الأول: استثناء قدر معلوم من العقار المبيع.

المبحث الثاني: استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة.

* **الفصل السابع:** بيع عقار المحجور عليه، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: بيع عقار المفلس، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما يبدأ الحاكم ببيعه من مال المفلس والتأني فيه.

المطلب الثاني: ما يباع من عقار المفلس، وفيه خمسة فروع.

المبحث الثاني: بيع عقار المحجور عليه لحظ نفسه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيع الأب عقار ولده المحجور عليه.

المطلب الثاني: بيع الولي غير الأب عقار المحجور عليه.

المطلب الثالث: دعوى بيع عقار المحجور عليه بغير مسوغ.

* **الفصل الثامن:** بيع العقار المرهون أو الموقوف:

وينقسم الكلام فيه إلى مبحثين:

المبحث الأول: بيع العقار المرهون، وفيه مطلبان:

● **الباب الثاني: تأجير العقار:**

ويشتمل هذا الباب على سبعة فصول:

* **الفصل الأول:** حكم تأجير العقار وشروطه.

 وينقسم الكلام فيه إلى مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير العقار.

المبحث الثاني: شروط صحة تأجير العقار.

الشرط الأول: أن تكون المنفعة معلومة.

الشرط الثاني: معرفة الأجرة، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: جعل إصلاح العقار أجرة له.

المسألة الثانية: جعل أجرة العقار منفعة عقار آخر.

المسألة الثالثة: تعيين الأجرة.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مباحة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين.

ويشتمل الكلام في هذا الشرط على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تأجير العقار ليتخذ مسجدًا.

المطلب الثاني: تأجير العقار لمنفعة محرمة.

المطلب الثالث: تأجير العقار المشتمل على شجر.

* **الفصل الثاني:** تأجير العقار لمدة طويلة وتصرف المالك قبل انقضائها.

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: تأجير العقار مدة طويلة.

المبحث الثاني: تصرف مالك العقار في المنافع قبل انقضاء مدة الإجارة.

* **الفصل الثالث:** تأجير المستأجر للعقار:

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير المستأجر العقار، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تأجير العقار بعد قبضه من غير المؤجر.

المطلب الثاني: تأجير العقار قبل قبضه من غير المؤجر.

المطلب الثالث: تأجير العقار بعد قبضه من المؤجر.

المطلب الرابع: تأجير العقار قبل قبضه من المؤجر.

المبحث الثاني: تأجير المستأجر العقار بأكثر من الأجرة.

* **الفصل الرابع:** تأجير العمائر قبل الانتهاء منها:

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حكم تأجير العمائر قبل الانتهاء منها.

المبحث الثاني: تأجير العمائر مدة معينة منفصلة عن العقد.

* **الفصل الخامس:** تعذر انتفاع المستأجر بالعقار:

ويحتوي هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تلف العقار المؤجر.

الحالة الأولى: تلف العقار المؤجر قبل القبض.

الحالة الثانية: تلف العقار المؤجر بعد قبضه في مدة ليس لمثلها أجرة.

الحالة الثالثة: تلف العقار بعد مضي شيء من المدة له أجرة.

المبحث الثاني: حدوث ما يمنع منفعة العقار المؤجر أو بعضها.

المبحث الثالث: غصب العقار المؤجر.

المبحث الرابع: العذر العام أو الخاص بأحد المتعاقدين.

* **الفصل السادس:** تأجير العقار المشترك.

* **الفصل السابع:** تأجير الأرض للزراعة.

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: حكم تأجير الأرض للزراعة.

المبحث الثاني: ما يصلح أن يكون أجرة.

المبحث الثالث: مدى أحقية المستأجر في اختيار نوع الزرع.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تأجير الأرض للزرع مطلقًا.

المطلب الثاني: تأجير الأرض لزرع معين.

المطلب الثالث: تأجير الأرض لزرع معين مع اشتراط عدم زرع غيره.

المبحث الرابع: انقضاء مدة الإجارة قبل حصاد الزرع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أن يكون بقاء الزرع لتفريط من المستأجر.

المطلب الثاني: أن يكون بقاء الزرع من غير تفريط من المستأجر.

المطلب الثالث: تأجير الأرض للزرع مدة لا يكمل فيها.

- **الخاتمة:**

وتتضمن خلاصة موجزة للبحث مع الإشارة إلى أهم نتائجه.

ويأتي بعدها ثبت المصادر والمراجع، ثم الفهارس، وقد اقتصرت فيها على فهرس للآيات، وآخر للأحاديث، وثالث للآثار، وأخيرًا فهرس محتويات البحث[(١)].

---

(١) أكتفي عند نشر الرسالة بثبت المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات (المعتني).

وإني لأرجو أن أكون قد وفقت إلى تحقيق ما عزمت على بحثه على الوجه المرضي، فإن تحقق ذلك فللَّه الحمد والمنّة، وإن كانت الأخرى فهذا الجهد، هو جهد من هو معرض للصواب والخطأ؛ إذ هو جهد بشر، ومن صفات البشر النقص والكمال لا يكون إلا لرب البشر سبحانه.

وفي الختام أتقدّم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لأستاذي الشيخ الدكتور: عبدالله بن علي الركبان ـ أستاذ الفقه بالدراسات العليا بالجامعة، والمشرف على الرسالة ـ الذي أسبغ عليّ من علمه الواسع، ووقته الثمين، ما يسّر لي السبيل في إعداد هذا البحث، فقد جاد عليّ بملحوظاته القيّمة، وآرائه النفيسة وتوجيهاته الدقيقة، واقتراحاته البناءة، فمنحني من علمه ووقته ما لا أقدر على شكره، فأسأل الله العلي القدير أن يجزيه عنّي خير الجزاء، وأن يبارك له في وقته إنه سميع مجيب الدعاء.

وصلّى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

باب تمهيدي

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: تعريف العقار وتملُّكه.

الفصل الثاني: أنواع العقار وأقسامُه.

الفصل الأول

تعريف العقار وتملّكه

ويتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول: تعريف العقار.

المبحث الثاني: الأرض تملك ملكًا خاصًّا في الشريعة الإسلامية.



المبحث الأول

تعريف العقار

تعريفه في اللغة:

جاء في «القاموس المحيط»[(١)] قوله:

«العقار: الضيعة... والصبغ الأحمر، والنخل، ومتاع البيت، ونضده الذي لا يبتذل إلا في الأعياد ونحوها».

وجاء في «مختار الصحاح»[(٢)] قوله:

«العقار: بالفتح مخففًا: الأرض، والضياع، والنخل.

ويقال: في البيت عقار حسن، أي متاع وأداة.

والْمُعْقِرُ بوزن المعْسِر: الكثير العقار».

وجاء في «النهاية في غريب الحديث والأثر»[(٣)] قوله:

«العقار: بالفتح: الضيعة، والنخل، والأرض، ونحو ذلك.. وعقار كل شيء: خياره».

---

(١) باب: الراء، فصل العين، ج٢، ص٩٤.

(٢) مادة: عقر، ص٤٤٥.

(٣) مادة: عقر، باب العين مع القاف، ج٣، ص٢٧٤.

تعريف العقار في الاصطلاح:

تعريف الحنفية:

جاء في «مجمع الأنهر»[١] ـ عند تعريفه الشفعة ـ قوله:

«هي.. تملك العقار، وهو: الضيعة، وقيل: ما له أصل من دار وضيعة، وما في حكمه كالعلو دون المنقول كالشجر والبناء، فإنه من منقول لم تجب الشفعة فيه إلا بتبعية لعقار كالدار والكرم والرحى والبئر وغيرها».

تعريف المالكية:

جاء في «الشرح الكبير»[٢] ـ في أثناء الكلام عن الشفعة ـ قوله:

«والعقار هو: الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر».

تعريف الشافعية:

جاء في «مغني المحتاج»[٣] قوله:

«وقبض العقار، وهو: الأرض، والنخل، والضياع، كما قاله الجوهري، وأراد بالضياع: الأبنية: تخليته للمشتري»، وقالوا في الشفعة: «لا تثبت في منقول، بل في أرض، وما فيها من بناء وشجر تبعًا»[٤].

تعريف الحنابلة:

جاء في «المطلع على أبواب المقنع»[٥] ـ عند قول المصنف (في الحجر ثم بالأثاث ثم بالعقار) ـ ما نصه:

---

(١) ج ٢، ص٤٧١ ـ ٤٧٢.
(٢) ج ٣، ص٤٧٦.
(٣) ج ٢، ص٧١.
(٤) المنهاج، ج٢، ص٢٩٦.
(٥) ص ٢٥٥ ـ ٢٥٦.

«قال الجوهري: العقار بالفتح: الأرض، والضياع، والنخل، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار».

وجاء في «كشاف القناع»[(١)] ـ في أثناء كلامه عن القبض ـ قوله:

«... ويحصل القبض فيما عدا ذلك من عقار: وهو: الضيعة، والأرض والبناء والغراس، بتخليته...».

وقال في الشفعة: «أن يكون المبيع شقصًا مشاعًا من عقار بفتح العين يعني: أرضًا... ولا شفعة فيما ليس بعقار كشجر مفرد، وحيوان، وبناء مفرد عن أرض»[(٢)].

هذه جملة من التعريفات الموجودة في كتب الفقهاء الأربعة، فإذا نُظر في الكتب الحديثة، وُجد أن الفقهاء المعاصرين، تحدثوا عن أنواع المال، وقسَّموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فقسموه باعتبار استقراره في محله، وعدم استقراره إلى عقار ومنقول.

وبينوا أنه لا نزاع بين الفقهاء في أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، فهو: عقار.

وأن ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته فهو: منقول.

وإنما النزاع بينهم: فيما يمكن نقله مع تغيير في صورته وهيئته عند النقل، كالبناء والأشجار، هل هو عقار أو منقول؟[(٣)]

فقال جمهور الفقهاء: إنه منقول.

وقال المالكية: هو من العقار.

---

(١) ج ٣، ص٢٤٧، وينظر أيضًا ج٤، ص٧٧.
(٢) كشاف القناع، ج٤، ص١٣٨ ـ ١٤٠.
(٣) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص٣٣٥.

وعلى هذا يعرف العقار عند الجمهور، بأنه:

ما كان ثابتًا لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وهو يشمل جميع أنواع الأراضي من زراعية وأراضي البناء وغيرهما[١].

والمنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله، سواء بقي محتفظًا بصورته التي كان عليها قبل النقل أم تغيّرت صورته بسبب النقل والتحويل، فيشمل جميع أنواع الحيوانات، والنقود، والمكيلات، والموزونات.

غير أن من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقار تبعًا له، وهو البناء والغراس فهما يدخلان في العقار تبعًا، لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات[٢].

وأما عند المالكية فالعقار هو:

ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله، فالبناء والشجر والنخل عقار عندهم[٣].

---

(١) الملكية وحقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي؛ بحث أعده أستاذنا الدكتور محمد بن أحمد الصالح، ص٢٧، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص٥. وكتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، آثار الحرب ص٥٥٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٥٩، الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الرشيد،ج١، ص٥٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص٣٣٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢٢٢.

(٢) الملكية وحقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، ص٢٧، الملكية ونظرية العقد، ص٥٩، المعاملات الشرعية المالية، ص٦.

(٣) كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ص٢٨، أثار الحرب، ص٥٥٥، الملكية ونظرية المعتقد لمحمد أبو زهرة، ص٦٠، الأموال المباحة، ص٥٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي، ص٣٣٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢٢٢.

والمنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله سواء بقي حافظًا لصورته التي كان عليها قبل النقل أم تغيرت صورته بسبب النقل والتحويل(١).

والذي دعى المالكية إلى اعتبار الغراس والبناء عقارًا أنهما متصلان بالأرض اتصال قرار.

ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما، بل تتغير صورتهما، فيتحول الغراس إلى أحطاب، والبناء إلى أنقاض، وهذا الثبات يكفي في اعتبارهما عقارًا كالأرض(٢).

* * *

(١) المراجع السابقة.
(٢) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٦٠.



المبحث الثاني

الأرض تملك ملكًا خاصًا في الشريعة الإسلامية

ذهب بعض المحدثين[1] إلى أن الشريعة الإسلامية لا تبيح الملكية الخاصة للأرض.

وقد استدل على ما ذهب إليه بالأدلة التالية ـ حسب ما نقله المودودي والعبادي ـ:

الدليل الأول:

أنَّ القرآن الكريم لم يثبت الملكية الخاصة للأرض، وحيثما جاء ذكر وراثة الأرض في القرآن فإنما المراد بها الملكية الجماعية لا الملكية الخاصة كما يُفهم ذلك من قوله تعالى ﴿وَٱلْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾[2]، وكقوله سبحانه ﴿وَٱلْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾[3] فالقرآن ما أعطى الأفراد حق الملكية الخاصة، وإنما أعطاهم حق الانتفاع بها[4].

---

(١) نقل هذا الرأي أبو الأعلى المودودي في كتابه مسألة ملكية الأرض، ص٣، عن أحد الكتاب المعروفين في الهند وذكر أنه قد أيّد الكاتب فيما ذهب إليه كاتب آخر، ولم يعيّن اسم هذين الكاتبين.

(٢) سورة الرحمن آية: ١٠.

(٣) سورة الأعراف آية: ١٢٨.

(٤) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٥ ـ ٦، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج١، ص٢٦٦.

الدليل الثاني:

أنه قد وردت أحاديث عن النبي ﷺ تدل على أن الأرض لا تملك ملكًا خاصًا ومن ذلك:

١ ـ ما رواه جابر رضي الله عنه قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل فليمسك أرضه» متفق عليه[(١)].

٢ ـ وعن أبي هريرةَ رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كانت له أرضٌ فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإنْ أبى فليمسكْ أرضَه» متفق عليه[(٢)].

الدليل الثالث:

أنه لا يصح الاستدلال بواقع تاريخي معين، سواء أكان زمن الرسول ﷺ أم زمن الخلفاء الراشدين، لأن ذلك فترة معينة من الزمن قد لا توجد اليوم، وبالتالي فإن وجود الملكية الخاصة للأرض في التاريخ الإسلامي لا يعني مشروعيتها[(٣)].

الرد على هذا الرأي:

بعد عرض هذا الرأي وما استدل به عليه يرد عليه بما يلي:

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب: ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمر، ج٣، ص١٤١، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: كراء الأرض، ج١٠، ص١٩٧، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، باب: ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمر، ج٣، ص١٤١، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: كراء الأرض، ج١٠، ص٢٠١، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٣) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٨، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٦٦.

أولًا: أن الملكية الخاصة للأرض ثابتة في القرآن من عدة وجوه منها:

الوجه الأول: «أن ملكية الأرض خاصة كانت من الأمور الجاري العمل بها قبل نزول القرآن، فلم يحظرها ولم يأمر الناس بإلغائها، ولم يذمها أدنى ذمٍّ، فكان معناه أن الله تعالى أقر هذه القاعدة الجارية، وأبقى الناس على مشروعيتها، ولأجل هذا المعنى نفسه ما زال المسلمون، منذ نزول القرآن إلى يومنا هذا، يجعلون الأرض ملكية شخصية لهم كما كانوا يفعلون من قبل، فإن كان أحدٌ يدعي عدم مشروعية هذه القاعدة، فعليه أن يأتي بدليل يثبت له دعواه، بدل أن يطالبنا بالتدليل على مشروعية هذه القاعدة»[(١)].

الوجه الثاني: «أن القرآن الكريم قد وردت فيه آياتٌ كريمة تدل على أن الأرض تملك ملكًا خاصًا وينتفع بها في الأغراض التي تمتلك الأرض من أجلها، مثل زراعتها والاستفادة مما يخرج منها بالأكل والإنفاق، واتخاذها بيوتًا للسكن وغير ذلك، يقول تعالى: ﴿كُلُوا مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثۡمَرَ وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ﴾[(٢)].

والمراد بهذا الحقِّ الذي أمر الله به هو الزكاة المفروضة، أو هو حقٌّ آخر غير الزكاة أمر بإخراجه عند الحصاد[(٣)]، وهذا الأمر لا يكون إلا على أساس أن يكون بعض الناس ملّاكًا للأراضي فيؤتوا حق الله من أثمارها وغلاتها، ولا يكون غيرهم ملاكًا للأراضي فيأخذوا حق الله هذا[(٤)].

وهذا ما تؤيده آية أخرى، وهي قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا أَنفِقُوا مِن

---

(١) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص١٩.
(٢) سورة الأنعام آية: ١٤١.
(٣) ينظر في ذلك: تفسير ابن كثير ج٣، ص١١٠ ـ ١١١، فتح القدير للشوكاني، ج٢، ص١٦٩، أضواء البيان، ج٢، ص٢١٢.
(٤) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٢٠.

طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبۡتُمۡ وَمِمَّآ أَخۡرَجۡنَا لَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِۖ﴾(١). فقد أمر بالإنفاق من حاصل الأرض، ولا يأتمر بهذا الأمر إلا من يكون مالكًا لحاصل الأرض، ولا ينفقه إلا على الذين ليسوا أصحاب الأرض(٢).

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ بُيُوتِكُمۡ حَتَّىٰ تَسۡتَأۡنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهۡلِهَاۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ٢٧ فَإِن لَّمۡ تَجِدُواْ فِيهَآ أَحَدٗا فَلَا تَدۡخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤۡذَنَ لَكُمۡۖ وَإِن قِيلَ لَكُمُ ٱرۡجِعُواْ فَٱرۡجِعُواْۖ هُوَ أَزۡكَىٰ لَكُمۡۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ﴾(٣). فدلَّ ذلك على أن القرآن الكريم يُقر ملكية الأرض وإحرازها للسكن، وأن من حق صاحب كل ملك ألاّ يَدخُلَ أحدٌ غيره حدودَ ملكه إلا بإذنه(٤).

ثانيًا: وأما القول بأنه حيثما ذكرت وراثة الأرض في القرآن، فإن المراد بها الحكومة لا الملكية الخاصة، وأنه قد وردت آياتٌ في القرآن يفهم منها ذلك فالجواب عليه ما لي:

١ ـ «أن الملكية الخاصة للأرض كانت جارية في الدنيا منذ أقدم القرون، فلو أراد أن يلغيها ويستبدل بها طريق الملكية الجماعية، فهل كان يكفي لإثبات هذا الحكم أن يقتصر القرآن في ذلك على إشارة بسيطة في قوله ﴿وَٱلۡأَرۡضَ وَضَعَهَا لِلۡأَنَامِ﴾؟ لا يخفى أنه لا يكفي لمثل هذا التغيير الإشارات البسيطة بل لا بد لها من أحكام قاطعة صريحة، بالإضافة إلى أنه كان لا بد من وضع الأنظمة البديلة التي يجب أن تكون عليها الحال بهذا الخصوص، ولكن شيئًا من هذا لم يحدث»(٥).

---

(١) سورة البقرة آية: ٢٦٧.
(٢) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٢٠.
(٣) سورة النور: ٢٧ ـ ٢٨.
(٤) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٢١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٦٩.
(٥) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٦، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٧٠.

٢ ـ إذا كان مقصود القرآن الكريم إلغاء الملكية الفردية للأرض وجعلها ملكية جماعية، فلماذا لم يعمل به النبي ﷺ؟؛ إذ إنه من المعلوم أن النبي ﷺ مبيّن للقرآن الكريم في أقواله وأفعاله، ومطبق للأحكام القرآنية أمثل تطبيق، فهل كان الرسول ﷺ غير عارف بغاية القرآن، أو أنه ﷺ كان يعرفها، ولكن أبى أن يعمل بمقتضى القرآن وتعاليمه، وآثر على قاعدة القرآن القاعدة الجارية في زمانه؟ وهل يقول مسلمٌ بأن عملًا من أعمال رسول الله ﷺ يخالف القرآن من قريب أو بعيد؟[(١)]

٣ ـ أنه لا بد لفهم الآيات القرآنية الكريمة واستنباط الأحكام منها من مراعاة سياق الآيات، ومن ملاحظة فهم الرسول ﷺ لها، ومعرفة أقواله وأعماله بخصوص موضوع الآيات، فإن كان ما فهمناه من استنباط الأحكام من الآيات مخالفًا لقوله ﷺ أو فعله، فلنعلم أن ما فهمناه من القرآن غير صحيح، لأن النبي ﷺ إنما بعث ليبين القرآن بقوله وعمله.

ولهذا إذا نظرنا في قوله تعالى: ﴿وَٱلْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ﴾وقرأنا ما قبلها وما بعدها تبيَّن لنا بكل جلاء أنها لا تدل على «إلغاء الملكية الفردية للأرض وإثبات الملكية الجماعية» وإنما المراد بيان نعم الله تعالى على عباده ومظاهر قدرته[(٢)]؛ حيث جاء قبلها وبعدها ﴿ٱلرَّحْمَٰنُ ۝١ عَلَّمَ ٱلْقُرْءَانَ ۝٢ خَلَقَ ٱلْإِنسَٰنَ ۝٣ عَلَّمَهُ ٱلْبَيَانَ ۝٤ ٱلشَّمْسُ وَٱلْقَمَرُ بِحُسْبَانٍ ۝٥ وَٱلنَّجْمُ وَٱلشَّجَرُ يَسْجُدَانِ ۝٦ وَٱلسَّمَآءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ ٱلْمِيزَانَ ۝٧ أَلَّا تَطْغَوْا۟ فِى ٱلْمِيزَانِ ۝٨ وَأَقِيمُوا۟

(١) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص١٠ ـ ١١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٦٩.
(٢) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص٥ ـ ٧، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٦٩. وقد وضح هذا المعنى وبينه وذكر الآيات القرآنية التي تدل عليه محمد الأمين الشنقيطي في تفسيره: أضواء البيان، ج٧، ص٧٣٨ ـ ٧٣٩.

ٱلْوَزْنَ بِٱلْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا۟ ٱلْمِيزَانَ ﴿٩﴾ وَٱلْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ ﴿١٠﴾ فِيهَا فَٰكِهَةٌ وَٱلنَّخْلُ ذَاتُ ٱلْأَكْمَامِ ﴿١١﴾ وَٱلْحَبُّ ذُو ٱلْعَصْفِ وَٱلرَّيْحَانُ ﴿١٢﴾ فَبِأَىِّ ءَالَآءِ رَبِّكُمَا تُكَذِّبَانِ﴾[١].

وأما قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْأَرْضَ لِلَّهِ﴾؛ فإنه عند إكمال هذه الآية تؤدي معنى يغاير ما يريدون منها، وهي: ﴿إِنَّ ٱلْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَن يَشَآءُ مِنْ عِبَادِهِۦ﴾.

ثالثًا: أن الملكية الخاصة للأرض ثابتة في السنّة في عدد من الأحاديث منها:

١ ـ ما روته عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق بها»، قال عروة: «قضى به عمر في خلافته». أخرجه البخاري[٢].

٢ ـ وعن سعيد بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». أخرجه أبو داود والترمذي[٣].

٣ ـ ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له». أخرجه الترمذي وأحمد[٤].

٤ ـ عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته». أخرجه أبو داود وغيره[٥].

---

(١) سورة الرحمن، الآيات من ١ حتى ١٣.

(٢) صحيح البخاري، كتاب: الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضًا مواتًا، ج٣، ص١٤٠، وأخرجه أحمد في «المسند» ج٦، ص ١٢٠.

(٣) سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة، باب: إحياء الموات حديث رقم ٣٠٧٣، وأخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام باب إحياء أرض الموات، حديث رقم ١٣٧٨. وقال: حسن غريب، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج٥، ص ٣٥٣.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه، ج١، ص٢٥٩، وأحمد في المسند، ج٣، ص٣٠٤، ٣٣٨، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٥) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب زرع الأرض بغير إذن صاحبها الحديث رقم ٣٤٠٣،=

رابعًا: وأما الأحاديث التي ذكروا أنها تدل على أن الأرض لا تملك ملكًا خاصًا في الإسلام فهي ـ كما يفهم من سياقها ـ تدل دلالة ظاهرة على إقرار الإسلام للملكية الخاصة للأرض فهي مثبتة للملكية الشخصية، ولا يفهم منها إخراج الأرض من أيدي الأفراد وجعلها ملكية جماعية، فهي حجةٌ عليهم، وليست لهم[(١)].

خامسًا: وأما ما قالوه من أنه لا يصح الاستدلال بالواقع التاريخي في عهد رسول الله ﷺ، وعهد خلفائه في حكم الأراضي، لأن تلك بيئة خاصة قد لا توجد اليوم فيردّ عليه:

بأن هذا القولَ يصطدم مع الحقائق الثابتة من أن النبي ﷺ مبيّن للقرآن مطبق لأحكامه في المجتمع الإسلامي أمثل تطبيق؛ فلو كانت الملكية الفردية للأرض غير جائزة في الإسلام لما أقرها الرسول ﷺ وخلفاؤه من بعده[(٢)]، وما يشرع لتلك البيئة يشرع لنا، لأن أحكام الإسلام صالحة لكل زمان ومكان.

ومما سبق يتضح بجلاء أن الإسلام يبيح الملكية الفردية للأرض وفق

=ج٣، ص٦٩٢، وأخرجه الترمذي في سننه كتاب الأحكام، باب فيمن زرع بأرض قوم بغير إذنهم، الحديث رقم ٣١٦٦، وقال: حسن غريب في ج٣، ص٦٤٨، وأخرجه ابن ماجه في «سننه» كتاب الرهن، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، الحديث رقم: ٢٤٦٦، ج٢، ص ٨٧٢٤.

(١) مسألة ملكية الأرض في الإسلام ص٢١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٧١، وقد أطال أبو الأعلى المودودي في ذكر الروايات التي وردت في كراء الأرض وفي المزارعة والرد على من استنبط من ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تبيح الملكية الفردية للأرض. فراجع ذلك إن أردت في كتابه «مسألة ملكية الأرض في الإسلام» ص٤٧ ـ ٨٦.

(٢) مسألة ملكية الأرض في الإسلام، ص١٤ ـ ١٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١.



القواعد الشرعية المنظمة للملكية، وأن دعوى أن الأرض في الإسلام جماعية دعوى غير صحيحة.

* * *

الفصل الثاني

أنواع العقار وأقسامه

يتنوع العقار بحسب استغلاله إلى أنواع، ومن تلك الأنواع: الأراضي الزراعية، والأراضي السكنية، والدور، والحانوت، والخان، وغير ذلك[1].

وقد قسَّم الفقهاء الأراضي تقسيمين اثنين باعتبارين مختلفين:

التقسيم الأول: باعتبار أصل دخولها في حيازة الدولة الإسلامية.

التقسيم الثاني: باعتبار نوع ما يفرض عليها.

وسأتناول كل قسم منهما في مبحث مستقل.

---

(١) بداية المجتهد، ج٢، ص٢٥٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص ٤٧٩.



المبحث الأول

أقسام الأراضي باعتبار أصل حيازتها

قسم الفقهاء الأراضي باعتبار دخولها في حيازة الدولة الإسلامية إلى خمسة أقسام هي:

١ ـ الأراضي التي أسلم أهلها عليها.

٢ ـ الأراضي التي صولح عليها أهلها.

٣ ـ الأراضي التي جلا عنها أهلها.

٤ ـ الأراضي التي فتحت عنوة.

٥ ـ الأراضي الموات.

وسأفرد كل قسم من هذه الأقسام في مطلب خاص به.

❋ ❋ ❋

المطلب الأول: الأراضي التي أسلم أهلها عليها:

اتفق الفقهاء على أن الأراضي التي أسلم أهلها عليها، هي ملك لأصحابها، لا يتعرض لهم فيها، يتوارثونها، ويتبايعونها، وفق أحكام الشريعة الإسلامية[١].

وقد استدلوا على ذلك بأدلة منها:

الدليل الأول: قوله ﷺ: «إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم ودماءهم». أخرجه أبو داود[٢].

الدليل الثاني: عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لهم ما أسلموا عليه من أراضيهم، ورقيقهم، وماشيتهم، وليس عليهم فيه إلا الصدقة». أخرجه أحمد[٣].

الدليل الثالث: الإجماع: قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن كل أرض أسلم أهلها عليها قبل قهرهم عليها: أنها لهم، وأن أحكامهم أحكام المسلمين، وأن عليهم فيما زرعوا فيها الزكاة»[٤].
ومن الأراضي التي أسلم أهلها عليها: المدينة المنورة، واليمن، والبحرين، والطائف[٥].

* * *

(١) الخراج لأبي يوسف ص١٣٧، مختصر القدوري، ج٤، ص١٣٨، النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، النور البادي في أحكام الأراضي، مخطوط ورقة رقم: ٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج١، ص ٤٨٣، المغني، ج٢، ص٧١٦، الأموال لأبي عبيد، ص٥٧، نزع ملكية العقار، ص١٥٧، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٧٣.

(٢) سنن أبي داود، كتاب الإمارة، باب في إقطاع الأرضين، ج٣، ص٤٤٩، وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب الزكاة، باب من أسلم على شيء، ج١، ص٣٩٥.

(٣) مسند الإمام أحمد، ج٥، ص٣٥٧.

(٤) المغني، ج٢، ص٧٢٥، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص٣١ (ص١٠١ من المطبوع) وهو أيضًا في «الإجماع» لابن المنذر.

(٥) الخراج لأبي يوسف، ص١٣٧، الأموال لأبي عبيد، ص٤٥٦.

المطلب الثاني: الأراضي التي صولح عليها أهلها:

تتحد ملكية الأرض في هذا النوع من الأراضي تبعًا لعقد الصلح، فهو:

إما أن يقع على أن تكون الأرض للمسلمين، على أن تبقى الأرض بأيدي من وقّع معهم الصلح، يعملون فيها، ويستلغونها مقابل ما يدفعونه من خراج يفرض على هذه الأراضي.

وإما أن يقع الصلح على أن تكون الأرض لأصحابها، ولكنهم يلتزمون بدفع مبالغ من المال تفرض على أراضيهم.

ففي النوع الأول: تصير الأرض وقفًا على المسلمين، لا يجوز بيعها، ولا رهنها وهم أحق بهذه الأراضي ما أقاموا على صلحهم، ولا تنقل من أيديهم، سواء أقاموا على شركهم أم أسلموا، ويكون المضروب عليها أجرة للأرض، لا تسقط بإسلامهم.

وفي النوع الثاني: تكون الأرض ملكًا لهم، يجوز لهم بيعها، وما فرض عليها من خراج[١]، فهو في حكم الجزية[٢]، متى أسلم أصحابها، أو انتقلت إلى مسلم، سقط عنها الخراج، وأصبحت أرض عشر، وذلك لما روي عن العلاء بن الحضرمي رضي الله عنه قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى البحرين، أو إلى هجر[٣]، فكنت آتي الحائط يكون بين الإخوة يسلم أحدهم، فآخذ من المسلم العشر، ومن المشرك الخراج». رواه ابن ماجد، وأحمد[٤].

---

(١) الخراج: عبارة عما قرر على الأرض بدل الأجرة، قاله في المطلع على أبواب المقنع، ص٢١٨.

(٢) الجزية: فعلة من الجزاء، وهو: المال الذي يعقد للكتابي عليه الذمة، وجمعها جِزى، كلحية ولحى، قاله في المطلع على أبواب المقنع، ص٢١٨.

(٣) الشك من الراوي كما جاء منصوصًا عليه في مسند أحمد، ج٥، ص٥٢.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الزكاة، باب العشر والخراج، حديث رقم: ١٨٣١، ج١، ص٥٨٦، قال في الزوائد: إسناده ضعيف، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج٥، ص٥٢.

فهذا في أحد هذين البلدين، لأنهما فتحا صلحًا[١].

وبهذا قال جمهور الفقهاء: المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

أما عند الحنفية: فالخراج المفروض لا يسقط بالإسلام، لأن ذلك مؤنة فيه معنى العقوبة، أو هو في مقام ثمن الأرض، وحينئذٍ يكون حكمه، حكم خراج أرض العنوة[٥].

* * *

المطلب الثالث: الأراضي التي جلا عنها أهلها:

اختلف الفقهاء في حكم الأراضي التي جلا عنها[٦] أهلها على قولين:

القول الأول: أن هذه الأراضي تصير وقفًا على المسلمين[٧]، لأنه ليس

---

(١) المغني، ج٢، ص٧٢٥.

(٢) المدونة، ج٢، ص٢٦ ـ ٢٧، الكافي في فقه أهل المدينة، ج١، ص٤٨٣.

(٣) الأم، ج٤، ص١٨٢.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٨، المغني، ج٢، ص٧١٦، ٧١٩، ٧٢٥، وينظر في مذهب الجمهور أيضًا: تهذيب الكلام في أرض مصر والشام مخطوط ص١١ (ص٧٢، ٧٣ من المطبوع)، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص٥٧٦، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ص٣٧٤، نزع ملكية العقار، ص١٥٩، مصادر تملك الأرض بدون مقابل مالي في الشريعة الإسلامية، ص١٠١.

(٥) النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٤، كشف الحقائق، ج١، ص٣٢٠، مجمع الأنهر، ج١، ص٦٦٢، واللباب في شرح الكتاب، ج٤، ص١٣٩، النصوص المرضية في تحقيق مذهب الحنفية في الأراضي المصرية، مخطوط ورقة: ٤، النور البادي في أحكام الأراضي. مخطوط ورقة: ٢، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص٥٧٨، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ص٢٧٥، نزع ملكية العقار، ص١٦٠، مصادر تملّك الأرض بدون مقابل مالي في الشريعة الإسلامية، ص١٠٢.

(٦) جلا عنها: أي خرج عنها، يقال: جلا القوم عن منازلهم، وأجلوا، وجلوتهم عنها، وأجليتهم: أخرجتهم (المطلع على أبواب المقنع، ص٢١٧).

(٧) اختلف الفقهاء القائلون بذلك، هل تصير وقفًا بمجرد الاستيلاء عليها، أو أنه لا بد من=

لها غانم معين، فحكمها حكم الفيء[١]، ويضرب عليها خراجًا يكون أجرة لرقابها، يؤخذ ممن يعامل عليها من مسلم أو ذمي.

وبهذا قال: الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، ورواية عند الحنابلة، هي المذهب عندهم[٥].

القول الثاني: أن الإمام مخيّر في هذه الأرض بين: قسمه لها على الغانمين، وبين وقفه إياها على المسلمين، لأنه قد نقل عن عمر رضي الله عنه ما يدل على أنه جعلها كأرض العنوة في التخيير.

وبهذا قال الحنابلة في رواية في المذهب[٦].

* * *

=أن يقفها الإمام لفظًا، ينظر في ذلك: الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٧، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٨، المغني، ج٢، ص٧١٩.

(١) الفيء: هو ما حصل للمسلمين من أموال الكفار من غير حرب ولا جهاد. وأصل الفيء: الرجوع، يقال: فاء يفيئ فئة وفيوءًا، كأنه كان في الأصل لهم فرجع إليهم، ومنه قيل للظل الذي يكون بعد الزوال: فيء، لأنه يرجع من جانب الغرب إلى جانب الشرق (النهاية في غريب الحديث والأثر باب الفاء مع الياء، ج٣، ص٤٨٢).

(٢) فتح القدير، ج٢، ص٣٥٤، مجمع الأنهر، ج١، ص٦٧٨.

(٣) بداية المجتهد، ج١، ص٤٠٢، حاشية الدسوقي، ج٢، ص١٨٩، ج٤، ص٦٨.

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٧، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٣.

(٥) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٨، المقنع، ج١، ص٥١١، المغني، ج٢، ص٧١٩، المحرّر، ج٢، ص١٧٩، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص١١ (ص٧٢ من المطبوع)، حاشية المقنع، ج١، ص٥١١.

(٦) المقنع، ج١، ص٥١١، المغني، ج٢، ص٧١٩، المحرّر، ج٢، ص١٧٩، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص١١ (ص٧٢ من المطبوع)، الاستخراج لأحكام الخراج، ص١٤.

المطلب الرابع: الأراضي التي فتحت عنوة:

اختلف الفقهاء في حكم الأراضي التي فتحت عنوة[(١)] على أقوال:

القول الأول: أنها تقسم، كما تقسم الغنائم المنقولة إلا أن تطيب أنفس الغانمين بوقفها، فيقفها الإمام على مصالح المسلمين.

وبهذا قال: المالكية في قول لهم[(٢)]، وهو قول الشافعية[(٣)]، ورواية عند الحنابلة[(٤)]، وبه قال: ابن حزم[(٥)].

القول الثاني: أنها تصير وقفًا على المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها من غير حاجة إلى صيغة وقف، ويضرب الإمام عليها خراجًا لرقابها، ولذلك لا يجوز التصرّف فيها ببيع، أو غيره.

---

(١) العنوة: قال ابن الأثير في «النهاية في غريب الحديث والأثر»، ج٣، ص٣١٥، عنوة: أي قهرًا وغلبة، وهو من عنا يعنو إذا ذل وخضع، والعنوة: المرة الواحدة منه، كأن المؤخذ بها يخضع ويذل.
وعند الفقهاء: هي ما أجلى عنها أهلها بالقوة (المدونة، ج٢، ص٢٦، الأم، ج٤، ص١٨١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٧، المقنع، ج١، ص٥٠٩، المغني، ج٢، ص٧١٦، المبدع، ج٣، ص٣٧٧، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، ص٩ (ص٦٩ من المطبوع).

(٢) قوانين الأحكام الشرعية، ص١٩٧، حاشية الدسوقي، ج٢، ص١٨٩، الأموال لأبي عبيد، ص٦١.

(٣) الأم، ج٤، ص١٨١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٧، روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، المجموع، ج٥، ص٥٦٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٧٤.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٦، المقنع، ج١، ص٥١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ص٣٢٧، المحرر، ج٢، ص١٧٨، المبدع، ج٣، ص٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص١٠ (ص٧٠ من المطبوع).

(٥) المحلى، ج٧، ص٥٥٨، ٥٦١.

وبهذا قال: المالكية في المشهور عندهم[(١)]، وهو رواية في مذهب الحنابلة[(٢)].

القول الثالث: أن الإمام مخيّر فيها ـ تخيير مصلحة ـ بين قسمتها على الغانمين، وبين وقفها على جميع المسلمين.

وبهذا قال: المالكية في قولهم لهم[(٣)]، وبه قال الحنابلة في المشهور عندهم[(٤)]، واختار هذا القول أبو عبيد في كتابه «الأموال»[(٥)].

القول الرابع: أن الإمام مخيّر فيها ـ تخيير مصلحة ـ بين قسمتها كما تقسم الغنائم، وبين إقرار أهلها عليها بالجزية على رؤوسهم، والخراج على أراضيهم، وتكون ملكًا لهم، يجوز لهم التصرّف فيها بالبيع وغيره، وبين أن يصرفهم عنها ويأتي بقوم آخرين، يضرب عليهم الخراج والجزية إن كانوا كفارًا، والعشر إن كانوا مسلمين.

وبهذا قال الحنفية[(٦)].

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، ج١، ص٤٨٢، قوانين الأحكام الشرعية، ص١٦٧.
الشرح الصغير للدردير، ج١، ص٧٦٢، الخرشي على مختصر خليل، ج٣، ص١٢٨.

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٧، المقنع، ج١، ص٥١٢، الكافي، ج٤، ص٣٢٨، المغني، ج٢، ص٧١٨، المحرر، ج٢، ص١٧٨، المبدع، ج٣، ص٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص١٠ (ص٧٠ من المطبوع).

(٣) المدوّنة، ج٤، ص٢٧، بداية المجتهد، ج١، ص٤٠١.

(٤) الأحكام السلطانية، ص١٤٧، المقنع، ج١، ص٥١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ص٣٢٨، المغني، ج٢، ص٧١٨، المحرّر، ج٢، ص١٧٨، المبدع، ج٣، ص٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط، ص١٠ (ص٦٩ من المطبوع).

(٥) ص٦٢.

(٦) الخراج لأبي يوسف، ص١٣٥ ـ ١٣٦، مختصر القدوري، ج٤، ص١٢٣، شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٤٧، بدائع الصنائع، ج٧، ص١١٨، النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، فتح القدير، ج٤، ص٣٠٣، كشف الحقائق، ج١، ص٣٠٩، مجمع الأنهر، =

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾...[(١)].

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله سبحانه وتعالى أضاف الغنائم إلى الغانمين إضافة الملك إلى مالكه؛ حيث قال «غنمتم»، وعمم ذلك بقوله «من شيء» فكان ذلك شاملًا لكل شيء، سواء أكان أرضًا أم متاعًا أم غير ذلك.

وإذا ثبت أن الأرض مغنومة وجب أن تخمس، كما تخمس سائر الغنائم[(٢)].

=ج١، ص٦٤٠، النصوص المرضية، مخطوط، ورقة رقم: ٢، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط، ورقة رقم: ٢.

ويبدو لي أن الحنابلة لهم قول يتفق في بعض جزئياته مع مذهب الحنفية؛ حيث قال في الإنصاف، ج٤، ص١٩٠ ـ ١٩١ ما نصه: «ما فتح عنوة... فيخير الإمام بين قسمتها كمنقول... ووقفها للمسلمين.. وقال القاضي في «المجرد» أو يملكها لأهلها أو غيرهم بخراج».

وقال الشيخ منصور البهوتي في «كشاف القناع» ج٣، ص٩٤ ـ ٩٥: «ما فتح عنوة... فيخير الأمام... بين قسمتها على الغانمين كمنقول... وبين وقفها للمسلمين.. وفي المحرر: أو يملكها لأهلها أو غيرهم بخراج».

(١) سورة الأنفال، آية: ٤١.

(٢) الأم، ج٤، ص١٨١، المهذب، ج٢، ص١٤٥، بداية المجتهد، ج١، ص٤٠١، المغني، ج٢، ص٧١٨، زاد المعاد، ج٢، ص٦٨، تهذيب الكلام مخطوط، ص١٠ (ص٧٠، ٧١ من المطبوع)، المحلى، ج٧، ص٥٦٠، أضواء البيان، ج٢، ص٣٦٨، آثار الحرب، ص٥٥٩، الملكية في الشريعة الإسلامية لعبد السلام العبادي، ج١، ص٢٨٠، نظام استغلال الأراضي، ص٥٣.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَـُٔوهَاۚ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرًا﴾(١).

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله سبحانه وتعالى قد سوى في هذه الآية بين الأرض وغيرها من الأموال، فلا يجوز أن يفرق بين حكم ما صار إلينا من أهل الحرب من مال أو أرض(٢).

وإذا ثبت أنه لا فرق بين الأرض وسائر الأموال وجب قسمتها كما تقسم سائر الأموال.

الدليل الثالث: ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال «افتتحنا خيبر ولم نغنم ذهبًا ولا فضة، إنما غنمنا البقر والإبل والمتاع والحوائط»(٣).

وجه الاستدلال بالحديث:

ما قاله ابن حزم في المحلى(٤): «فصحَّ أن الحوائط، وهي: الضياع، والبساتين: مغنومة كسائر المتاع فهي مخمسة بنص القرآن، والمخمس مقسوم بلا خلاف».

الدليل الرابع: ما أخرجه مسلم وأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما قرية أتيتموها فأقمتم فيها فسهمكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله، فإن خمسها لله ورسوله ثم هي لكم»(٥).

---

(١) الأحزاب آية: ٢٧.
(٢) المحلى، ج٧، ص٥٦٠.
(٣) صحيح البخاري، كتاب: المغازي، باب غزوة خيبر، ج٥، ص١٧٦.
(٤) المحلى، ج٧، ص٥٦٠.
(٥) الحديث أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب: الجهاد والسير، باب حكم الفيء، ج١٢، ص٦٩، وأخرجه أحمد في «المسند» ج٢، ص٣١٧.

وجه الاستدلال بالحديث:

أن الرسول ﷺ قد صرح في هذا الحديث بأن الأرض المغنومة حكمها حكم سائر الأموال التي تغنم، وأن خمسها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين(١).

الدليل الخامس: ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما قرية افتتحها الله ورسوله فهي لله ولرسوله، وأيما قرية افتتحها المسلمون عنوة، فخمسها لله ولرسوله، وبقيتها لمن قاتل عليها»(٢).

وجه الاستدلال بالحديث:

أن الحديث فيه تصريح بأن الأرض التي فتحت عنوة حكمها حكم سائر الأموال المغنومة خمسها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغانمين.

الدليل السادس: فعل النبي ﷺ في البلاد المفتوحة، فقد ثبت عنه ﷺ أنه قسم خيبر بعد أن فتحت عنوة(٣)، وقسم أرض بني قريظة، وبني النضير، فدلّ فعله ﷺ على أن الأرض التي فتحت عنوة تقسم كسائر الأموال المغنومة(٤).

---

(١) معالم السنن، ج٣، ص٣٦، شرح النووي على صحيح مسلم ج١٢، ص٦٩، المحلى، ج٧، ص٥٦٠.

(٢) سنن البيهقي، ج٩، ص١٣٩.

(٣) أخرجه البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال عمر رضي الله عنه: «لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر». صحيح البخاري مع فتح الباري، ج٦، ص٢٢٤.

(٤) بداية المجتهد، ج١، ص٤٠١، الأم، ج٤، ص١٨١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ٣٢٩، المغني، ج٢، ص٧١٨، المبدع، ج٣، ص٣٧٨، تهذيب الكلام في أرض مصر والشام، مخطوط ص١٠ (ص٧٠، ٧١ من المطبوع)، الأموال لأبي عبيد، ص٥٨، المحلى، ج٧، ص٥٦٠، أضواء البيان، ج٢، ص٣٦٨.
وأما الحديث في ذلك: فقد أخرج مسلم في صحيحه عن ابن عمر أن يهود بني النضير وقريظة حاربوا رسول الله ﷺ فأجلى رسول الله ﷺ بني النضير وأقر قريظة ومَنّ عليهم=

الدليل السابع: الأثر: فقد رُوي عن جماعة من الصحابة ﷺ أنهم كانوا يرون قسمة الأرض التي فتحت عنوة، وممن رأى ذلك من الصحابة الزبير بن العوام، وبلال وغيرهما[(١)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن الأرض المفتوحة عنوة تصير وقفًا بمجرد الاستيلاء عليها بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله تعالى:

﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُۥ عَلَىٰ مَن يَشَآءُ ۚ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ ﴿٦﴾ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴿٧﴾ لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنًا وَيَنصُرُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلصَّٰدِقُونَ ﴿٨﴾ وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ مِن قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِى صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّآ أُوتُوا۟ وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ۚ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٩﴾ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَا تَجْعَلْ فِى قُلُوبِنَا غِلًّا لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ رَبَّنَآ إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾[(٢)].

=حتى حاربت قريظة بعد ذلك فقتل رجالهم وقسم نساءهم وأولادهم وأموالهم بين المسلمين..». الحديث في صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: إجلاء اليهود من الحجاز، ج١٢، ص٩١ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) الأموال لأبي عبيد، ص٥٩، المحلى، ج٧، ص٥٥٨.

(٢) سورة الحشر الآيات من ٦ حتى ١٠.

وجه الاستدلال بهذه الآيات:

أن قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡهُمۡ فَمَآ أَوۡجَفۡتُمۡ عَلَيۡهِ مِنۡ خَيۡلٖ وَلَا رِكَابٖ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُۥ عَلَىٰ مَن يَشَآءُۚ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ قَدِيرٞ﴾ قد دلَّ على أن هذه الأموال لم تحصلوا عليها بالقتال ولكن سلّطكم الله على بني النضير وعلى ما في أيديهم وما دام أن هذه الأموال لم تؤخذ بالقتال والقوة فلا يجوز قسمتها قسمة الغنائم التي تؤخذ بالعنوة والقهر[(١)].

وكان تمام الكلام: أن ما أفاء الله على رسوله من أموال بني النضير لا حق لكم فيها، وقد حذف ذلك اختصارًا لدلالة السياق عليه[(٢)].

يوضح ذلك: أن النبي ﷺ كان قد فتح أرض بني النضير صلحًا، وأجلاهم وأخذ أموالهم فسأله بعض الصحابة أن يقسم لهم هذه الأموال، فنزلت هذه الآية، فقضت أن أموال بني النضير ونخلهم للرسول ﷺ خاصة يضعها حيث يشاء. فقد أخرج مسلم والبيهقي عن عمر رضي الله عنه قال: «كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله، مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي ﷺ خاصة فكان ينفق على أهله نفقة سنة، وما بقي يجعله في الكراع[(٣)] والسلاح عدة في سبيل الله»[(٤)].

وبعد أن أوضحت الآية هذا المعنى جاء قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾.. الآية ليقرّر أن الفيء لله وللرسول ولذي

---

(١) تفسير القرطبي، ح ١٨، ص١٠ ـ ١٢، تفسير ابن كثير، ج٦، ص ٦٠١ ـ ٦٠٢.

(٢) تفسير الطبري، ج٢٨، ص٣٥ ـ ٣٦، أحكام القرآن لابن العربي، ج٤، ص١٧٧٢.

(٣) الكراع: الخيل، وقوله في الحديث ينفق على أهله نفقة سنة: أي يعزل لهم نفقة سنة ولكنه ﷺ كان ينفق ذلك قبل انقضاء السنة في وجوه الخير حتى أنه ﷺ توفي ودرعه مرهونة على شعير استدانه لأهله. شرح صحيح مسلم للنووي، ج١٢، ص٧٠.

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب: الفيء، ج١٢، ص٧. (صحيح مسلم بشرح النووي)، وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»، ج٦، ص٣٤٧.

القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل من المهاجرين والأنصار الحاضرين والذين يجيئون من بعدهم.

وهذا الحكم الذي أوضحته هذه الآية يخالف الحكم الذي أوضحته الآية الأولى، واختلاف الحكم في الآيتين يقتضي أن المقصود بالفيء في الآية الأولى غير المقصود بالفيء في الآية الثانية، ولما كانت الآية الأولى قد بينت أن الفيء المذكور فيها هو: الذي لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، يكون الفيء في الآية الثانية هو: ما أوجف عليه بخيل وركاب وهو الغنيمة، فقد بيّنت الآية حكم الغنيمة وهو وجوب انتفاع المهاجرين والأنصار، ومن يأتي بعدهم بها، ولا يتأتى هذا الانتفاع إلا بوقفها على جماعة المسلمين[١].

الدليل الثاني: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «منعت العراق درهمها وقفيزها[٢]، ومنعت الشام مديها[٣] ودينارها، ومنعت مصر إردبّها[٤] ودينارها..». الحديث أخرجه مسلم[٥].

---

(١) تفسير الطبري، ج٢٨، ص٣٥، تفسير القرطبي، ج١٨، ص١٠، بداية المجتهد، ج١، ص٤٠١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٨٦ ـ ٢٨٧، نظام استغلال الأراضي، ص٥٤.

(٢) القفيز: مكيال لأهل العراق. قال الأزهري: هو ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف. (شرح النووي على صحيح مسلم، ج١٨، ص٢٠).

(٣) المدي: بضم الميم على وزن قفل، هو مكيال لأهل الشام. قال العلماء يسع خمسة عشر مكوكًا. (شرح النووي على صحيح مسلم، ج١٨، ص٢٠).

(٤) الإردب: مكيال لأهل مصر. قال الأزهري وآخرون: يسع أربعة وعشرين صاعًا. (شرح النووي على صحيح مسلم، ج١٨، ص٢٠).

(٥) صحيح مسلم، كتاب الفتن، ص٢٠. (صحيح مسلم بشرح النووي)، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج٢، ص٢٦٢.

وجه الاستدلال بالحديث:

أن قوله «منعت العراق..» الخ: بمعنى ستمنع، وعبر بالماضي إيذانًا بتحقق الوقوع، فدلّ ذلك على أنها لا تكون للغانمين، لأن ما ملكه الغانمون لا يكون فيه قفيز ولا درهم»[١].

الدليل الثالث: عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس ببانًا[٢] ليس لهم شيء، ما فتحت عليَّ قريةٌ إلا قسمتها، كما قسم النبي ﷺ خيبر، ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها». أخرجه البخاري[٣].

وفي لفظ عن عمر ﷺ، أنه قال: «لولا آخر المسلمين، ما فتحت عليهم قرية إلا قسمتها، كما قسم النبي ﷺ خيبر». أخرجه البخاري[٤].

الدليل الرابع: ما ثبت عن عمر ﷺ، أنه وقف الأراضي التي افتتحها، كالعراق، ومصر، بعد أن شاور الصحابة ﷺ في ذلك[٥]، فرأى بعضهم القسمة، وانتهى بهم الرأي إلى عدم القسمة[٦].

---

(١) أضواء البيان، ج٢، ص٣٧١.

(٢) الببان: المعدم الذي لا شيء له، والمعنى: أنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنيمة، ومن يجئ بعدُ من المسلمين بغير شيء منها، فلذلك تركها لتكون بينهم جميعهم.
«النهاية في غريب الحديث والأثر، ج١، ص٩١، فتح الباري، ج٧، ص٤٩٠».

(٣) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ج٥، ص١٧٦.

(٤) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ج٥، ص١٧٦.

(٥) تنظر الآثار في مشاورة عمر ﷺ في حكم الأراضي التي فتحها عنوة في: الخراج لأبي يوسف ص٨٦ ـ ٨٧، الأموال لأبي عبيد، ص٥٩ ـ ٦١، شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٥٠.

(٦) الخرشي على مختصر خليل، ج٣، ص١٢٨، المغني، ج٢، ص٧١٨، المبدع، ج٣، ص٣٧٨، آثار الحرب، ص٥٦٢.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث على تخيير الإمام بين قسمة الأرض على الغانمين، أو وقفها على جميع المسلمين بالأدلة التالية:

الدليل الأول: ما ثبت أن النبي ﷺ قد قسَّم نصف أرض خيبر، وترك نصفها، وقسَّم أرض قريظة، وترك قسمة مكة المكرمة، فدل قسمه تارة، وتركه القسم تارة أخرى على التخيير[(١)].

فعن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب النبي ﷺ أدركهم يذكرون «أن رسول الله ﷺ حين ظهر على خيبر قسمها على ستة وثلاثين سهمًا جمع كل سهم مائة سهم، فجعل نصف ذلك كله للمسلمين، فكان في ذلك النصف سهام المسلمين، وسهم رسول الله ﷺ معها، وجعل النصف الآخر لمن ينزل به من الوفود والأمور ونوائب الناس». رواه أبو داود[(٢)].

وعن ابن عمر رضي الله عنه: «أن يهود بني النضير وقريظة حاربوا رسول الله ﷺ فأجلى رسول الله ﷺ بني النضير وأقر قريظة ومنّ عليهم حتى حاربت قريظة بعد ذلك فقتل رجالهم، وقسَّم نساءهم وأولادهم وأموالهم بين المسلمين...». الحديث أخرجه مسلم[(٣)].

الدليل الثاني: ما فعله عمر رضي الله عنه في البلاد التي افتتحها، فإنه رضي الله عنه، لما رأى ما يدل على جواز قسمتها ووقفها من فعل رسول الله ﷺ نظر إلى ما فيه مصلحة المسلمين من الأمرين، فرأى المصلحة في عدم قسمتها[(٤)].

---

(١) زاد المعاد، ج٢، ص٦٩، أضواء البيان، ج٢، ص٣٦٨.

(٢) سنن أبي داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: ما جاء في حكم أرض خيبر، ج٣، ص٤١٢.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب إجلاء اليهود من الحجاز، ج١٢، ص٩١. (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٤) المغني، ج٢، ص٧١٨، نظام استغلال الأراضي، ص٥٥.

أدلّة القول الرابع:

يتفق أصحابُ القول الرابع مع أصحاب القول الثالث في أن الإمام مخيّر في أرض العنوة، ولكن أصحاب القول الرابع جعلوا التخيير بين القسمة وتركها بأيدي أهلها ملكًا لهم دون الوقف.

ولهذا فقد استدلّوا على القسمة بأدلة القول الثالث. وأما على تمليك الأرض لأصحابها فقد استدلّوا عليه بما يلي:

الدليل الأول: عن عمر رضي الله عنه قال: «لولا أن يكون الناس ببانًا ليس لهم شيء، ما فتح الله عليّ قرية إلا قسمتها كما قسَّم رسول الله ﷺ خيبر». أخرجه البخاري.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أعطى رسول الله ﷺ خيبر بالشطر، ثم أرسل ابن رواحة فقاسمهم».

وعن جابر رضي الله عنه قال: «أفاء الله خيبر فأقرهم رسول الله ﷺ، كما كانوا وجعلها بينه وبينهم، فبعث عبدالله بن رواحة فخرصها عليهم».

قال الطحاوي ـ بعد ذكر هذه الأخبار وما في معناها ـ:

«فثبت بما ذكرنا أن رسول الله ﷺ لم يمكن قسم خيبر بكمالها، ولكنه قسم طائفة منها، على ما احتج به عمر في الحديث الأول، وترك طائفة منها فلم يقسمها على ما روى عن ابن عباس.. وجابر رضي الله عنهم في هذه الآثار الأخرى... فعلمنا بذلك أنه قسم، وله أن يقسم، وترك، وله أن يترك»[1].

الدليل الثاني: أن مكة المكرمة قد فتحت عنوة، وقد أقرّ الرسول ﷺ أهلها على أملاكهم، فدلّ ذلك على أن الإمام له الحق في ترك أرض العنوة ملكًا لأصحابها.

---

(١) شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٤٦.

قال أبو بكر الجصَّاص مستدلًا لقول الحنفية ـ بعد ذكره فعل عمر في الأراضي التي افتتحها، واحتجاجه بآيات الفيء وذكر حديث تقسيم خيبر ـ ما نصه:

«ويدل عليه أن النبي ﷺ فتح مكة عنوة ومَنّ على أهلها فأقرهم على أملاكهم، فقد حصل بدلالة الآية، وإجماع السلف والسنّة، تخيير الإمام في قسمة الأرضين، أو تركها لأهلها، ووضع الخراج عليها»[(١)].

الدليل الثالث: ما فعله عمر رضي الله عنه، في الأراضي التي فتحت في عهده، فقد أبقاها في أيدي أهلها، وفرض الخراج عليها[(٢)].

«فلما افتتح السواد شاور عمر الناس فيه، فرأى عامتهم أن يقسمه، وكان بلال بن رباح من أشدّهم في ذلك، وكان رأي عبد الرحمن بن عوف أن يقسم، وكان رأيُ عثمان وعلي وطلحة رأيَ عمر، وكان رأي عمر أن يتركه ولا يقسمه حتى قال عند إلحاحهم عليه في قسمته: اللهمَّ اكفني بلالًا، وأصحابه[(٣)].

فمكثوا بذلك أيامًا حتى قال لهم عمر: قد وجدت حجة في تركه ولا أقسمه، قول الله: للفقراءِ والمهاجرين، فتلا عليهم حتى بلغ إلى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾، فقال: كيف أقسمه لكم وأدع من يأتي بغير قسم؟! فأجمع

(١) أحكام القرآن للجصاص، ج٣، ص٤٣١.
(٢) شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٤٧، أحكام القرآن للجصاص، ج٣، ص٤٣١.
(٣) لا تظن أن عمر رضي الله عنه دعا على بلال وأصحابه بالموت، كيف وهو الذي يقول في شأن بلال: «أبو بكر سيدُنا أعتق سيدَنا» يعني بلالًا، ولكنه أراد بذلك أن يكفيه الله خصومتهم معه. (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس لكتاب الأموال لأبي عبيد، حاشية رقم: ٢، ص٦٠».

على تركه، وجمع خراجه وإقراره في أيدي أهله، ووضع الخراج على أرضهم والجزية على رؤوسهم»[(١)].

مناقشة الأدلة

مناقشة أدلة القول الأول:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش استدلالهم بالعموم الوارد في آية الغنيمة بأن: الأرض لا تدخل في الغنائم الواردة في الآية، بل المقصود بالغنائم فيها: الحيوان والمنقول خاصة، لأن الله تبارك وتعالى لم يحلَّ الغنائم للأمم السابقة، بدليل قوله ﷺ في الحديث المتفق عليه[(٢)]: «أعطيت خمسًا لم يعطهن أحدٌ قبلي، نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجدًا وطهورا، فأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل، وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس عامة».

ومن الثابت أن الله سبحانه وتعالى قد أحلّ ديار الكفار وأرضهم للرسل وأتباعهم في الماضي كما قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ مُوسَىٰ لِقَوْمِهِۦ يَٰقَوْمِ ٱذْكُرُواْ نِعْمَةَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ جَعَلَ فِيكُمْ أَنۢبِيَآءَ وَجَعَلَكُم مُّلُوكًا وَءَاتَىٰكُم مَّا لَمْ يُؤْتِ أَحَدًا مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿٢٠﴾ يَٰقَوْمِ ٱدْخُلُواْ ٱلْأَرْضَ ٱلْمُقَدَّسَةَ ٱلَّتِى كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَرْتَدُّواْ عَلَىٰٓ أَدْبَارِكُمْ فَتَنقَلِبُواْ خَٰسِرِينَ﴾[(٣)].

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص٨٦ ـ ٨٧، وتنظر الآثار الواردة في عدم قسمة الأراضي التي فتحها عمر رضي الله عنه في كتاب: الأموال لأبي عبيد، ص٦٠ ـ ٦٢.

(٢) صحيح البخاري، كتاب التيمم، الباب الأول، ج١، ص٩١، وصحيح مسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، ج٥، ص٣ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٣) سورة المائدة، الآيتان: ٢٠، ٢١.

وقال سبحانه في ديار فرعون وقومه وأرضهم: ﴿كَذَٰلِكَ وَأَوْرَثْنَاهَا بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾(١)، فعلم أن الأرض لا تدخل في الغنائم(٢).

مناقشة الدليل الثاني:

نوقش استدلالهم بقوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ﴾؛ حيث قد دلّت الآية على تقسيم الأرض كغيرها من الأموال بأن: الآية قد بينت ما فعله ﷺ في أرض بني قريظة من قسمته لأرضهم، وهذا لا يقدح في أن الإمام مخيّر في أراضي العنوة، لأنه ﷺ كان مخيرًا، فاختار القسم، فليس القسم واجبًا(٣).

مناقشة الدليل الثالث:

نوقش الاستدلال بحديث خيبر، وأنها غنيمة فتقسم كسائر الغنائم بما يلي:

١ ـ ما قاله الطحاوي رحمه الله حيث قال:

«هذا حديث لم يفسر لنا فيه كل الذي كان من رسول الله ﷺ في خيبر، وقد جاء غيره فبين لنا ما كان من رسول الله ﷺ فيها.. ثم أخرج بسنده عن سهل بن أبي حثمة قال: «قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفين، نصفًا لنوائبه وحاجته، ونصفًا بين المسلمين، فقسمها بينهم على ثمانية عشر سهمًا، ثم قال الطحاوي: «ففي هذا الحديث بيان ما كان من رسول الله ﷺ في خيبر، وأنه أوقف نصفها لنوائبه، وقسم نصفها بين من شهدها من المسلمين»(٤).

وقد ردّ ابن حجر هذا:

بأن النصف المقسوم من خيبر: مأخوذ عنوة، والنصف الذي لم يقسم منها: مأخوذ صلحًا حيث قال:

---

(١) سورة الشعراء، آية: ٥٩.

(٢) زاد المعاد، ج٢، ص٦٩.

(٣) المغني، ج٢، ص٧١٨، أضواء البيان، ج٢، ص٣٦٨.

(٤) شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٥٠ ـ ٢٥١.

«والمراد بالذي عزله ما افتتح صلحًا، وبالذي قسمه ما افتتح عنوة»[(١)].

٢ ـ أن فتح أرض خيبر عنوة وقسمتها لا يلزم منه قسمة كل أرض فتحت عنوة بدليل أن أرض مكة قد فتحت عنوة ولم تقسم[(٢)].

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن:

الثابت في فتح مكة كان صلحًا لا عنوة[(٣)]، لما جاء في صحيح مسلم[(٤)]، أن النبي ﷺ قال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن».

وقد ردّ على هذه الإجابة بأن:

دعوى فتح مكة صلحًا غير مسلَّم، لأن التحقيق أنها فتحت عنوة، ولذلك أدلّة صحيحة واضحة[(٥)].

مناقشة الدليلين الرابع والخامس:

وأما حديث: «.. وأيما قرية عصت الله ورسوله فإن خمسها لله ورسوله ثم هي لكم».

وحديث: «.. وأيما قرية افتتحها المسلمون عنوة فخمسها لله ورسوله وبقيتها لمن قاتل عليها» فهما وإن كان فيهما النص على القسمة، لكن يمكن أن يجاب عنهما بما يلي:

---

(١) فتح الباري، ج٦، ص٢٢٥.
(٢) زاد المعاد، ج٢، ص٦٩، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٣.
(٣) روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، نهاية المحتاج، ج٨، ص٧٤، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٣.
(٤) صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب: فتح مكة، ج١٢، ص١٣٣ (صحيح مسلم بشرح النووي).
(٥) يراجع في ذلك زاد المعاد، ج٢، ص٦٩ ـ ٧٠، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٣ ـ ٣٧٦، فقد أوردا عددًا كثيرًا من الأدلة على أن مكة فتحت عنوة.

١ ـ أن هذا يدل على مشروعية القسمة، وورد عنه ﷺ أنه لم يقسم، والجمع بين ما يدل على القسمة، وما يدل على ترك القسمة، أن يقال: بتخيير الإمام في ذلك، وبذلك يجمع بين الأدلة.

٢ ـ أنه نقل الإجماعَ عن الصحابة رضي الله عنهم على ترك القسمة غيرُ واحد من العلماء[(١)]، فدل ذلك على أن للإمام الخيار في قسمة الأراضي المفتوحة عنوة، وترك قسمتها؛ إذ لو كانت القسمة متعينة لما جاز الإجماع على تركها.

مناقشة الدليل السادس:

وأما ما استدلوا به من قسمة النبي ﷺ للأراضي التي افتتحها فيناقش بما يلي:

أن قسمته لبعض الأراضي التي افتتحها لا تدل على وجوب القسمة لأمرين:

---

(١) قال أبو بكر الجصاص بعد ذكره احتجاج عمر على ترك القسمة ما نصه:
«فلما استقر عنده حكم دلالة الآية، وموافقة كل الصحابة على إقرار أهلها عليها ووضع الخراج بعث عثمان بن ضيف وحذيفة بن اليمان فمسحا الأرضين، ووضعا الخراج.. ثم قال بعد ذلك فقد حصل بدلالة الآية، وإجماع السلف والسنّة: تخيير الإمام في قسمة الأرضين أو تركها ملكًا لأهلها ووضع الخراج عليها. (أحكام القرآن للجصاص، ج٣، ص٤٣٠ ـ ٤٣١).
وقال الكاساني في بدائع الصنائع، ج٧، ص١١٩، محتجًا للحنفية ورادًّا على الشافعية في قولهم بوجوب القسمة ما نصه: «ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن سيدنا عمر رضي الله عنه: لما فتح سواد العراق ترك الأراضي في أيديهم وضرب على رؤوسهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فكان ذلك إجماعًا منهم».
وقال ابن قدامة في المغني ـ في أثناء بيان الروايات عن الإمام أحمد ـ ما نصه: «والثانية: أنها تصير وقفًا بنفس الاستيلاء عليها لاتفاق الصحابة عليه».

أولهما: أن النبي ﷺ كان مخيرًا بين القسمة وتركها فاختار القسمة، لا أن ذلك كان واجبًا عليه.

وثانيهما: أنه ثبت عن النبي ﷺ أنه لم يقسم مكة مع أنها فتحت عنوة، ولو كانت القسمة واجبة ما تركها ﷺ، وأيضًا فإن خيبر قسم بعضها، ولم يقسم بعضها الآخر.

مناقشة الدليل السابع:

وأما استدلالهم بأن بعض الصحابة كانوا يرون قسمة الأراضي التي فتحت عنوة، فيناقش بأنه:

استقر رأي الصحابة على جواز ترك القسمة، عندما استشارهم عمر رضي الله عنه في ذلك، فلما استشارهم عمر وقال: «قد وجدت حجة في تركه»، ولم ينقل معارضتهم بعد ذلك، فدلَّ على أنهم قد رجعوا إلى رأي عمر رضي الله عنه.

مناقشة أدلة القول الثاني:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش استدلالهم بآيات الفيء، وأنها تدل على وجوب انتفاع المهاجرين والأنصار، ومن يجيء بعدهم بالغنيمة، ولا يمكن حصول ذلك إلا بوقفها على جماعة المسلمين: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الاستدلال مبني على أن المقصود بالفيء الغنيمة، وهذا خلاف المشهور عند العلماء، فإن الفيء غير الغنيمة.

إذ الفيء: ما أخذ من أهل الحرب بدون قتال.

والغنيمة: ما أخذ منهم بقتال[1].

---

(١) بدائع الصنائع، ج٧، ص١١٦، بداية المجتهد، ج١، ص٤٠٢، الكافي في فقه أهل=

الوجه الثاني: أنه على فرض التسليم بإفادة هذه الآيات وجوب وقف الأرض على مصالح المسلمين، فهي معارضة بفعل النبي ﷺ في الأراضي المفتوحة عنوة، فتارة قسمها كما فعل في أراضي بني قريظة، وتارة وقف نصفها كما فعل في أراضي خيبر، وتارة مَنَّ بها على أهلها، كما فعل في أراضي مكة، ودفع هذا التعارض بين الأدلة ممكن، وذلك بالقول: إن الإمام مخير في الأراضي المفتوحة عنوة[(١)]، فيكون قسمه وعدمه لكونه مخيرًا في ذلك، فاختار في كل قضية ما يناسبها.

مناقشة الدليل الثاني:

وأما استدلالهم بحديث «منعت العراق درهمها وقفيزها...».

فقد ناقشه ابن حزم بأنه: إنذار منه عليه السلام بسوء العاقبة في آخر الأمر، وأن المسلمين سيمنعون حقوقهم في هذه البلاد، وكذلك وقع[(٢)].

مناقشة الدليلين الثالث والرابع:

وأما ما ثبت عن عمر رضي الله عنه في الأراضي التي فتحت في عهده عنوة، وأنه لم يقسمها؛ فقد نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن عمر رضي الله عنه لم يقف الأراضي التي فتحها عنوة إلا بعد

=المدينة، ج١، ص٤٧٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٢٦، المهذب، ج٢، ص٢٤٥، ٢٤٨، روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٥٩، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٢، نهاية المحتاج، ج٦، ص١٣٣، ١٤١، إعانة الطالبين، ج٢، ص٢٠٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٣٦، المقنع، ج١، ص٤٩٩، ٥١٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ص٢٩٦، ٣١٨، المبدع، ج٣، ص٣٥٤، ٣٨٤، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٢، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٢٨٧.

(١) أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٢، نظام استغلال الأراضي، ص٥٥.

(٢) المحلى، ج٧، ص٥٥٩.

استطابة أنفس الفاتحين(١)، بدليل أنه ﷺ قد أعطى جريرًا البجلي عوضًا من سهمه، وأعطى أم كرز البجلية عوضًا عن سهم أبيها(٢).

وقد أجيب عن هذا الوجه بأجوبة:

أولها: ما قاله أبو عبيد بعد إيراده لفعل عمر مع جرير البجلي؛ حيث قال: «وإنما وجه هذا عندي: أن عمر كان نفل جريرًا وقومَه ذلك نفلًا قبل القتال وقبل خروجه إلى العراق، فأمضى له نفله، وكذلك يحدثه عنه الشعبي...» ـ فذكر الأثر ثم قال: ـ «فنرى أن عمر إنما خص جريرًا أو قومه بما أعطاهم للنفل المتقدم الذي جعله لهم، ولو لم يكن نفلًا ما خصه وقومه بالقسمة دون الناس، ألا تراه لم يقسم لأحد سواهم؟ وإنما استطاب أنفسهم خاصة، لأنهم قد كانوا أحرزوا ذلك وملكوه بالنفل»(٣).

الثاني: ما قاله ابن رجب من أنه يمكن الإجابة عن حديث جرير بجواب آخر غير ما ذكره أبو عبيد، وهو: «أنا نسلم أن جريرًا وقومه من بجيلة قسم لهم عمر ﷺ ربع السواد لكونهم ربع المقاتلة، فإن الإمام يجوز له أن يقسم الأرض بين الغانمين وأن لا يقسم كما سبق تقريره، فلما قسَّم لهم عمر ﷺ ذلك ملكوه بالقسمة... ثم رأى عمر ﷺ أن ترك السواد كله فيئًا أصلح للمسلمين فاحتاج إلى استرضائهم، وتعويض من لم يرض بترك حقه مما ملكه بغير عوض، وهذا واضح لا إشكال فيه على قول من يرى أن الإمام مخير بين القسمة وتركها...»(٤).

---

(١) الأم، ج٤، ص١٨١، المحلى، ج٧، ص٥٦١.
(٢) أخرج ذلك: أبو عبيد في كتابه «الأموال»، ص٦٣، وابن حزم في كتابه «المحلى»، ج٧، ص٥٦١.
(٣) الأموال، ص٦٣ ـ ٦٤.
(٤) الاستخراج لأحكام الخراج، ص٢٩.

الثالث: ما أجاب به بعض الحنابلة، منهم أبو بكر عبد العزيز: «أن عمر رضي الله عنه كان أقطعهم ذلك إقطاعًا ثم رجع فيه، وإنما عوضهم لأن الإقطاع تملك، وقد نقل حنبل عن أحمد أن عمر رضي الله عنه كان أقطع بجيلة من السواد ثم رجع»[(١)].

وبهذا يظهر أن دعوى أن عمر لم يقف السواد إلا بعد استطابة أنفس الفاتحين هي دعوى محل نظر.

الوجه الثاني: أن عدم قسمة الأراضي التي فتحت عنوة في عهد عمر رضي الله عنه لا يدل على وجوب وقفها، كما فهمه المالكية، ومن وافقهم، وإنما ذلك، لأنه كان مخيرًا بين القسمة وتركها فاختار عدم القسمة[(٢)].

مناقشة أدلة القول الثالث:

مناقشة الدليل الأول:

قد يناقش استدلالهم بقسمة النبي صلى الله عليه وسلم أراضي بني قريظة، وقسمته نصف خيبر، وترك نصفها، وترك قسمة مكة المكرمة، وأن ذلك يدل على التخيير بأن قسمته أراضي بني قريظة يدل على وجوب القسمة، كما يقول به أصحاب القول الأول.

وأما خيبر فإنه قد وردت بعض الروايات تدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم قسمها جميعًا، ووردت روايات أخرى أنه قسم نصفها، وترك نصفها الآخر، ووردت روايات على أن بعضها فتح صلحًا وبعضها فتح عنوة، وذلك يقدح في الاحتجاج بها على تخيير الإمام[(٣)].

---

(١) الاستخراج لأحكام الخراج، ص٢٩.

(٢) الأموال لأبي عبيد، ص٦٥، المغني، ج٢، ص٧١٨، الاستخراج لأحكام الخراج، ص١٥، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٢.

(٣) أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٠، ويراجع فتح خيبر في: صحيح مسلم بشرح النووي،=

وأما مكة المكرمة فإنه لا يجوز قياس غيرها عليها، لأن لها حكمًا خاصًا[١].

مناقشة الدليل الثاني:

وأما استدلالهم بفعل عمر رضي الله عنه في الأراضي التي افتتحها عنوة ولم يقسمها فقد ناقشه ابن حزم بأن الثابت عن عمر في الصحيح أنه قال: «لولا آخر المسلمين ما افتتحت قرية إلا قسمتها، كما قسم رسول الله ﷺ خيبر».

قال ابن حزم رحمه الله:

«وهذا أعظم حجة عليهم لوجوه:

أولها: إقرار عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قسم خيبر.

والثاني: أنه قد أخبر رضي الله عنه، أنه إنما فعل ذلك نظرًا لآخر المسلمين، والذي لا شك فيه، هو أن رسول الله ﷺ كان أنظر لأول المسلمين ولآخرهم من عمر فما رأى هذا، بل أبقى لآخر المسلمين ما أبقى لأولهم: الجهاد في سبيل الله، فإما الغنيمة، وإما الشهادة، وأبقى لهم مواريث موتاهم، والتجارة، والماشية، والحرث.

والثالث: أنه قد خالف عمر: الزبير، وليس بعضهم أحق بالاتباع من بعض..»[٢].

ثم قال ابن حزم: «وقد روينا عن عمر أنه قال: «إن عشت إلى قابل لا

=ج١٢، ص١٦٤، معالم السنن، ج٣، ص٣٠، شرح معاني الآثار، ج٣، ص٢٤٦، جامع الأصول، ج٨، ص٣٤٣، فتح الباري، ج٧، ص٤٧٧.

(١) أوضح ذلك أبو عبيد إيضاحًا تامًا، وأورد النصوص الدالة عليه في كتابه الأموال، ص٦٦ ـ ٦٩، وانظر أيضًا: زاد المعاد، ج٢، ص١٧٤.

(٢) المحلى، ج٧، ص٥٨٨ ـ ٥٥٩.

تفتح قرية إلا قسمتها، كما قسم رسول الله ﷺ خيبر» فهذا رجوع من عمر إلى القسمة»[(١)].

الإجابة عن هذه المناقشة:

يجاب عن هذه المناقشة بأن قول عمر: «لولا آخر المسلمين... إلخ» فيه دلالة ظاهرة على أن عمر رضي الله عنه لم يُقسِّم، مع علمه أن النبي ﷺ قد قسَّم خيبر، ولو كانت القسمة واجبة، لما تركها عمر رضي الله عنه مع علمه بفعل الرسول ﷺ، فدلّ تركه لها مع علمه بها على أن الأمر في الأراضي المفتوحة عنوة متروك للإمام، يختار ما فيه مصلحة للمسلمين[(٢)].

وأما ما ذكره من مخالفة الزبير لعمر في ذلك فقد أجاب عنه ابن رجب بقوله:

«وأما ما روي عن الزبير رضي الله عنه من طلب قسمة أرض مصر، وعن بلال رضي الله عنه من طلب قسمة أرض الشام، فذاك إنما يدل على جواز قسمته، لا على أنه لا يجوز غير ذلك، ولهذا لما أبى عمر رضي الله عنه عليهم القسمة لم ينكروا عليه، ولا قال أحد منهم إن ذلك غير جائز»[(٣)].

وأما ما أورده ابن حزم من أن عمر رضي الله عنه قال: «إن عشت إلى قابل لا تفتح قرية إلا قسمتها... إلخ»، فقد يجاب عنه بأن عمر رضي الله عنه قد رأى أن المصلحة في القسمة بعد ذلك، وأراد أن يُبيّن للأمة أن تركه للقسمة لا يدل على أنها غير جائزة أصلًا، وإنما الأمر في ذلك يعود إلى تحقيق المصلحة، وأن على الإمام أن يختار ما فيه مصلحة لعامة المسلمين.

---

(١) المحلى، ج٧، ص٥٦١.
(٢) الأموال لأبي عبيد، ص٦٤ ـ ٦٥، المغني، ج٢، ص٧١٨.
(٣) الاستخراج لأحكام الخراج، ص١٥.

مناقشة أدلة القول الرابع:

مناقشة الدليل الأول:

نوقش ـ استدلال الحنفية بقضية خيبر وأنه عليه السلام قسَّم نصفها، وترك نصفها الآخر ـ بأن:

النصف الذي لم يقسمه من خيبر كان وقفًا، بدليل أن الرسول ﷺ قد عامل أهله الأصليين عليه(١)، وهذا يقتضي ألَّا يكونوا مالكين له، إذ كيف يعامل الإنسان على ملك نفسه؟ وهو قد قال لهم: نُقركم عليها ما شئنا(٢)، ولو كانت ملكًا لما علق ذلك بالمشيئة، ولكان إجلاء عمر لهم(٣) فيما بعد اغتصابًا لا يجوز، لأنهم أهل ذمة لا تحل أموالهم(٤).

مناقشة الدليل الثاني:

نوقش ـ استدلالهم بفعل النبي ﷺ في أرض مكة المكرمة، وأنه تركها لأهلها ملكًا لهم ـ بأن:

مكة المكرمة لها حكم خاص، فلا يقاس غيرها من الأراضي عليها.

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ:

«وأما مكة فإن فيها شيئًا آخر يمنع من قسمتها، ولوجبت قسمة ما عداها من القرى، وهي: أنها لا تملك، فإنها دار النسك ومتعبد الخلق، وحرم

---

(١) أخرج ذلك: البخاري ومسلم: صحيح البخاري، ج٣، ص١٣٨. صحيح مسلم، ج١٠، ص٢١٠ (بشرح النووي).
(٢) أخرج ذلك البخاري ومسلم، صحيح البخاري، ج٣، ص٢٥٢، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص٢١٠.
(٣) أخرج ذلك البخاري ومسلم، صحيح البخاري، ج٣، ص٢٥٢، صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص٢١٢.
(٤) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص٣٠١.

الربِّ تعالى، الذي جعله للناس سواء العاكف فيه والباد، فهي وقف من الله على العالمين، وهم فيها سواء..»[(١)].

ويبدو لي: أن إبقاء النبي ﷺ مكة في أيدي أهلها لا يصلح دليلًا للحنفية لسبب آخر وهو:

أنه أبقاها في أيديهم ملكًا لهم، بعد أن أسلموا فإنَّ من أسلم على شيء فهو له، لا أنه تركها ملكًا لهم على كفرهم، ولأنه لم يفرض على أراضي مكة الخراج، فلا يستقيم الاستدلال بها على مذهب الحنفية، القائل بأنَّ للإمام الخيار في ترك الأراضي التي افتتحها عنوة بأيدي أهلها الكفرة، وفرض الخراج عليها، وبهذا يظهر أن الاستدلال بإبقاء أرض مكة في أيدي أهلها على مذهب الحنفية، هو استدلال محل نظر.

مناقشة الدليل الثالث:

وأما استدلالهم بفعل عمر رضي الله عنه في الأراضي التي فتحت في عهده، فقد أجيب عنه بأجوبة:

أحدها: أن ترك عمر رضي الله عنه للأراضي التي فتحت في عهده في أيدي أصحابها، ليس ذلك على سبيل التمليك، بدليل أنه فرض الخراج عليها، ولو تركها ملكًا لهم، لما جاز أخذ الخراج منهم عليها، وإنما تركها وقفًا على المسلمين، كما سبق بيانه قريبًا ـ عند مناقشة دليل الحنفية الأول ـ.

الثاني: أن إبقاء الأراضي التي فتحت عنوة في عهد عمر رضي الله عنه في أيدي أهلها كان ذلك مقابل أجرة، وهي الخراج المفروض على الأرض، لأن الخراج في لغة العرب هو: الكراء والغلة، قاله أبو عبيد في كتابه «الأموال»[(٢)].

---

(١) زاد المعاد، ج٢، ص١٧٤.

(٢) الأموال لأبي عبيد، ص٧٤، وقد أطال في الرد على الحنفية واستدلالهم بفعل عمر، فينظر ذلك ص٦٩ ـ ٧٨، وينظر أيضًا أحكام أهل الذمة، ج١، ص١١٠.

الثالث: أنه قد روي أن عتبة بن فرقد: اشترى أرضًا من أرض الخراج، ثم أتى عمر رضي الله عنه فأخبره، فقال: ممّن اشتريتها؟ قال: من أهلها، قال: فهؤلاء أهلها ـ وأشار إلى المهاجرين والأنصار ـ أبعتموه شيئًا؟ قالوا: لا، قال: فاذهب فاطلب مالك حيث وضعته(١).

وهذا صريح في أن عمر رضي الله عنه لم يتركها في أيدي أصحابها ملكًا لهم، لكن ثبوت هذا الأثر هو محل نظر، لأنه يروى عن طريق الشعبي عن عمر، فهو منقطع(٢).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في هذه المسألة وما استدل به لها، يلاحظ أن ما استدل به على كل قول منها لم يسْلَم من المناقشة مما جعل قضية الترجيح بينها من الصعوبة بمكان، وإن كان أقرب هذه الأقوال إلى الرجحان هو قول من قال بتخيير الإمام، ولكن عندي ليس الإمام مخيرًا بين القسمة والوقفية فقط كما قاله أصحاب القول الثالث، ولا أنه مخير بين القسمة وتركها في أيدي أهلها ملكًا لهم كما قال به أصحاب القول الرابع، بل له أن يختار ما فيه مصلحة لعامة المسلمين من ست خصال، وهي:

١ ـ له أن يقسمها بين الفاتحين، كما فعل النبي ﷺ في أراضي بني قريظة.

٢ ـ وله أن يقسم بعضها ويترك بعضها وقفًا على عامة المسلمين، كما فعل عليه السلام في أرض خيبر.

٣ ـ وله أن يمنَّ بها على أهلها إذا أسلموا بعد الفتح، كما فعل النبي ﷺ مع أهل مكة المكرمة.

---

(١) الأموال لأبي عبيد، ص٧٥، الخراج ليحيى بن آدم، ص٥٤.

(٢) أحكام أهل الذمة، ج١، ص١١٠، وقال أحمد محمد شاكر في تحقيق كتاب الخراج ليحيى بن آدم ص٥٧: في سنده بكير بن عامر، وفيه ضعف.

٤ ـ وله أن يوقفها كلها على عامة المسلمين، ويبقيها في أيدي أهلها بالخراج، كما فعل عمر رضي الله عنه في الأراضي التي افتتحها عنوة.

٥ ـ وله أن يتركها في أيدي أهلها ملكًا لهم، ويضرب عليها الخراج، كما يقول به الحنفية؛ لأن حقَّ المسلمين في الخراج لا يتأثر بكونها ملكًا للمسلمين أو ملكًا لمن هي بيده ويدفع خراجها[(١)].

٦ ـ وله أن يأخذها ممن هي في يده ويدفعها لآخرين، كما فعل عمر رضي الله عنه مع أهل خيبر.

وبهذا يتحقق الجمع بين الأدلة ويندفع ما يظهر من التعارض بينها والعلم عند الله.

* * *

المطلب الخامس: الأراضي الموات

تعريفها في اللغة:

الموات ـ بالفتح ـ: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد[(٢)].

تعريفها في الاصطلاح:

الأرض الموات هي: الأرض المنفكة عن الاختصاص، وملك معصوم[(٣)].

---

(١) انظر أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٥.

(٢) القاموس المحيط، باب التاء، فصل الميم، ج١، ص١٥٨، مختار الصحاح، باب الميم، مادة: موت، ص٦٣٩.

(٣) التنقيح المشبع، ص١٧٩، الإنصاف، ج٦، ص٣٥٤، الإقناع، ج٢، ص٣٨٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٥٩.

وتنقسم الأرض من حيث ملكيتها والانتفاع بها إلى قسمين:

القسم الأول: أرض مملوكة، وهي نوعان:

النوع الأول: أرض مملوكة عامرة.

النوع الثاني: أرض مملوكة غير عامرة.

القسم الثاني: أرض مباحة غير مملوكة، وهي نوعان:

النوع الأول: أرض يرتفق بها الناس، وتسمى «حريم العامر».

النوع الثاني: أرض خراب، ليست من حريم العامر، ولا يملكها أحد[1].

وأما حكم كل نوع من الأنواع السابقة فهو على النحو التالي:

النوع الأول: الأرض المملوكة العامرة: فهذه ملك لصاحبها، لا يجوز لأحد أن ينتفع منها بشيء إلا برضا مالكها[2].

النوع الثاني: الأرض المملوكة غير العامرة.

الأرض المملوكة غير العامرة: تنقسم قسمين:

القسم الأول: ما لها مالك معين:

وهي نوعان:

---

(١) تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٢١ ـ ٣٢٢، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٩٢ ـ ١٩٣، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص١٧٦.

(٢) مختصر الطحاوي، ص١٣٤، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٢١، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٩٢، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الثاني، ج٣، ص٦٦، جواهر الإكليل، ج٢، ص٢٠٢، الشرح الصغير، ج٢، ص٢٩٤، الأم، ج٤، ص٤١، روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩، التنبيه، ص١٢٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٢٦١، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٩، المغني، ج٥، ص٥٩٣، المبدع، ج٥، ص٢٤٨، الفروع، ج٤، ص٥٥٢.

أحدهما: ما ملك بسبب من أسباب الملك غير الإحياء، فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف.

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع، أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه[(١)].

قال في «كشاف القناع»[(٢)]: «ومراده ما ملك بشراء، أو هبة، ونحوه، بخلاف ما ملك بإحياء، ثم دثر ففيه خلاف».

الثاني: ما ملك بالإحياء، ثم ترك حتى عاد مواتًا، فهذا اختلف في حكم إحيائه على قولين:

القول الأول: أنه لا يملك بالإحياء، وبهذا قال الحنفية على الصحيح من مذهبهم[(٣)]، وهو قول الشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)]، والظاهرية[(٦)]، وسحنون من المالكية[(٧)].

القول الثاني: أنه يملك بالإحياء، وهذا قول عند الحنفية[(٨)]، وهو قول جمهور المالكية[(٩)].

---

(١) المغني، ج٥، ص٥٦٣ ـ ٥٦٤، وينظر في ذلك: مختصر الطحاوي، ص١٣٤، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٢١، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٩٣، جواهر الإكليل، ج٢، ص٢٠٢، الأم، ج٤، ص٤١، روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩.

(٢) ج٤، ص١٨٥.

(٣) مختصر الطحاوي، ص١٣٤، مختصر القدوري، ج٢، ص٢١٩، الهداية، ج٨، ص١٣٧، مجمع الأنهر، ج٥، ص٥٥٧.

(٤) روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٢، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٨.

(٥) المغني، ج٥، ص٥٦٤، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٥.

(٦) المحلى، ج٩، ص٩١.

(٧) الفروق للقرافي، ج٤، ص١٨.

(٨) الهداية، ج٨، ص١٣٦، العناية، ج٨، ص١٣٧، النتف في الفتاوى، ج٢، ص٦٢٧.

(٩) المدونة، ج٦، ص١٩٦، جواهر الإكليل، ج٢، ص٢٠٢، الشرح الصغير، ج٣، ص١٨٢.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالأدلة التالية:

الدليل الأول: ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له» أخرجه الترمذي وغيره[١].

وجه الاستدلال بالحديث:

أنه ﷺ جعل الملك للمحيي، فإنه أضاف بلام التمليك في قوله «فهي له»، وملكه لا يزول بالترك[٢].

المناقشة:

ناقش القرافي رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث قائلًا:

«إن الحديث يدل لنا بسبب أن القاعدة: إن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علة ذلك الوصف لذلك الحكم، وقد رتب الملك على وصف الإحياء، فيكون الإحياء سببه وعلّته، والحكم ينتفي لانتفاء علته وسببه، فيبطل الملك بهذا الحديث لهاتين القاعدتين»[٣].

دفع هذه المناقشة:

أجاب ابن الشاط عن هذه المناقشة بقوله:

«قلت: أما القاعدتان فمسلمتان، وصحيحتان، ولكن لا يلزم ما قاله من بطلان هذا الحكم، لأن الإحياء قد ثبت، فترتب عليه مسببه، ولم يرتفع الإحياء، ولا يصح ارتفاعه، لأن ذلك من باب ارتفاع الواقع، وهو محال،

---

(١) سبق تخريجه، ص٤٤.
(٢) العناية شرح الهداية، ج٨، ص١٣٧.
(٣) الفروق، ج٤، ص١٨.

وإنما مغزاه أن الإحياء لم يستمر، وذلك غير لازم في الأسباب كلها، فإن الملك المرتب على الشراء، أو على الإرث، أو على الهبة، لم تستمر أسبابه، فكان يلزم على قياس قوله متى غفل الإنسان عن تجديد شراء مشتراه أن يبطل ملكه عليه، وذلك باطل قطعًا»[١].

الدليل الثاني: أن هذه الأرض يعرف مالكها، فلم تملك بالإحياء قياسًا على الأرض التي ملكت بشراء، أو عطية، فكما أن الأرض التي ملكت بشراء أو عطية، ثم تركت حتى أصبحت خرابًا لا تملك بالإحياء، فكذلك الأراضي التي ملكت بالإحياء، ثم صارت خرابًا.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بقياس ما ملك بالإحياء على ما ملك بالبيع ونحوه بأن:

الإحياء سببٌ فعلي[٢] تملك به المباحات من الأرض، وأسباب تملك المباحات الفعلية ضعيفة لورودها على غير ملك سابق، بخلاف أسباب الملك القولية، فإنها قوية، لأنها ترد على مملوك غالبًا، فلتأصل الملك قبلها قويت إفادتها للملك[٣].

دفع هذه المناقشة:

أجيب عن هذه المناقشة بأنها دعوى تقابل بمثلها بأن يقال: إن الأسباب

---

(١) أدرار الشروق على أنواء الفروق، ج٤، ص١٩.
(٢) المغني، ج٥، ص٥٦٤، الفروق، ج٤، ص١٨، الشرح الصغير، ج٢، ص٢٩٤.
(٣) الأسباب الشرعية تنقسم من حيث كونها فعلًا أو قولًا إلى قسمين:
القسم الأول: أسباب فعلية: وذلك كالاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد.
القسم الثاني: أسباب قولية، وذلك كالبيع، والهبة، والصدقة، والقراض وما هو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك، «السبب عند الأصوليين، ج٣، ص٧٩».

القولية هي الضعيفة، لورودها على ملك سابق، فيتعارض الملكان السابق واللاحق، بخلاف المملوك بالإحياء فلم يسبقه ما يعارضه فهو أقوى[(١)].

ولأن الأسباب الفعلية أقوى لنفوذها من المحجور عليه ومن غيره.

قال ابن القيم رحمه الله:

«الأسباب الفعلية أقوى من الأسباب القولية، ولهذا تصح الفعلية من المحجور عليه، دون القولية، فلو استولد ثبت استيلاده، ولو أعتق كان لغوًا، ولو تملك مالًا بالشراء كان لغوًا، ولو تملكه باصطياد واحتطاب، ونحوه ملكه، وكذلك لو أحياه ملكه بالإحياء»[(٢)].

الدليل الثالث: القياس على من ملك لقطة، ثم ضاعت منه، فإن عودها إلى حال الالتقاط لا يسقط ملك من تملكها، فكذلك من أحيا أرضًا ثم تركها حتى عادت مواتًا لا يكون ذلك سببًا في زوال ملكه عنها[(٣)].

المناقشة:

نوقش هذا القياس بأن:

تملك الملتقط ورد على ما تقدم فيه الملك وتقرر، فكان تأثير السبب فيه أقوى، لأن الأسباب القولية ترفع ملك الغير، فهي في غاية القوة، وأما الفعل بمجرده فليس له قوة رفع ملك الغير، بل يبطل ذلك الفعل، كمن بنى في ملك غيره، فلذلك ذهب أثره بذهابه[(٤)].

دفع هذه المناقشة:

يجاب عن هذه المناقشة بأنها: مبنية على الادعاء بقوة الأسباب القولية،

---

(١) السبب عند الأصوليين، ج٣، ص٨٥.
(٢) بدائع الفوائد، ج٣، ص٢٥٥ ـ ٢٥٦.
(٣) الفروق، ج٤، ص١٨، المغني، ج٥، ص٥٦٤، الأموال المباحة، ج١، ص٢٨٦.
(٤) الفروق، ج٤، ص٢٠.

وضعف الأسباب الفعلية، وقد سبق رد هذا الادعاء في الإجابة عن مناقشة الدليل الثاني.

أدلة القول الثاني:

استدل على ما ذهب إليه جمهور المالكية ومن وافقهم بما يلي:

الدليل الأول: ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له» أخرجه الترمذي وغيره.

وجه الاستدلال بالحديث:

أن الأرض المملوكة بالإحياء إذا تركت حتى عادت مواتًا، كانت داخلة في عموم قوله ﷺ «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»، فيملكها محييها الثاني بنصِّ الحديث[١].

المناقشة:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بما يلي:

١ ـ أنه مخصوص بحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعًا بلفظ «من أعمر أرضًا ليست لأحد، فهو أحق بها»، قال عروة: «قضى به عمر في خلافته». أخرجه البخاري[٢].

٢ ـ أنه مخصوص بحديث سعيد بن زيد مرفوعًا بلفظ: «من أحيا أرضًا ميتة، فهي له، وليس لعرق ظالم حق». أخرجه أبو داود والترمذي[٣].

قال هشام بن عروة في تفسير قوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق»: الظالم: أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها[٤].

---

(١) المغني، ج٥، ص٥٦٤، الأموال المباحة، ج١، ص٢٨٦.
(٢) سبق تخريجه، ص٤٤.
(٣) سبق تخريجه، ص٤٤.
(٤) المغني، ج٥، ص٥٦٤.

٣ ـ أن الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية، فنقيس عليه محل النزاع[١].

الدليل الثاني: أن أصل هذه الأرض مباح، فإذا تركت حتى صارت مواتًا عادت إلى الإباحة قياسًا على من أخذ ماء من نهر ثم ردَّه فيه[٢].

المناقشة:

نوقش بأن: هذه الأرض مملوكة للأول بالإحياء، وتركه إياها حتى عادت مواتًا لا يزيل ملكه لها قياسًا على سائر الأموال التي لا يزول الملك عنها بالترك، فالأملاك لا تزول بالإعراض[٣].

قال ابن قدامة رحمه الله موضحًا رأي الجمهور، ورادًّا على المالكية: «ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك، بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى تشعثت، وما ذكروه يبطل بالموات إذا أحياه إنسان ثم باعه فتركه المشتري حتى عاد مواتًا، وباللقطة إذا ملكها ثم ضاعت منه، ويخالف ماء النهر فإنه استهلك»[٤].

الترجيح:

من خلال عرض الأدلة وما أورد عليها من مناقشة يظهر رجحان مذهب الجمهور القائل: بأن ما ملك بالإحياء لا يزول بالترك والتخريب وذلك للأسباب التالية:

---

(١) المغني، ج٥، ص٥٦٤.
(٢) المغني، ج٥، ص٥٦٤.
(٣) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٩٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٨، المغني، ج٥، ص٥٦٤.
(٤) المغني، ج٥، ص٥٦٤.

السبب الأول: قوة أدلة الجمهور، وأن ما أورد عليها من مناقشة فقد أجيب عنه.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به لقول المالكية ومن وافقهم، وأنها لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه كما تبيّن ذلك في أثناء مناقشتها.

السبب الثالث: أن إفراد ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى عاد مواتًا بحكم خاص عن سائر الأملاك لا بد له من دليل خاص صريح صحيح ولم يوجد ذلك[(١)].

السبب الرابع: أن القاعدة الشرعية تقتضي أن الملك يدوم بعد ثبوت سببه[(٢)].

وبالله التوفيق...

القسم الثاني: ما جرى عليه ملك لغير معين:

ما جرى عليه ملك لغير معين ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما وجد فيه آثار ملك جاهلي، كآثار الروم ونحوهم، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا القسم على قولين:

القول الأول: أنه يملك بالإحياء، وبه قال الحنفية[(٣)]، والمالكية[(٤)]، وهو الأظهر عند الشافعية[(٥)]، والرواية المشهورة في مذهب الحنابلة[(٦)].

---

(١) المحلى، ج٩، ص٩٤.

(٢) أدرار الشروق على أنواء الفروق، ج٤، ص١٩.

(٣) الهداية، ج٨، ص١٣٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧.

(٤) المغني، ج٥، ص٥٦٤ ـ ٥٦٥، ولم أجد ـ بجهدي المتواضع ـ نصًّا للمالكية في هذه المسألة في كتبهم.

(٥) الأم، ج٤، ص٤١، روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩، التنبيه، ص١٢٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٢، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٩.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٥، المغني، ج٥، ص٥٦٤، العدة،=

القول الثاني: أنه لا يملك بالإحياء، وهو قول عند الشافعية[(١)]، ورواية عند الحنابلة[(٢)].

الأدلة

ما استدل به للقول الأول:

استدل عليه بما يلي:

١ ـ ما رواه طاووس مرفوعًا «عادي الأرض لله ورسوله ثم هي لكم بعد» أخرجه أبو عبيد في «الأموال»[(٣)].

قال أبو عبيد: عادي الأرض: التي كان بها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس، وإنما نسبها إلى عاد، لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش، وآثار كثيرة، فنسب كل أثر قديم إليهم[(٤)].

المناقشة:

يناقش الاستدلال بهذا الخبر بأنه: مرسل، وهو بهذا اللفظ ضعيف، كما سبق بيانه آنفًا عند تخريجه.

=ص٢٥٨، الفروع، ج٤، ص٥٥٢، التنقيح، ص١٧٩، الإنصاف، ج٦، ص٣٥٦، المبدع، ج٥، ص٢٤٨، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٠، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٦.

(١) روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٢، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٩.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٥، الإنصاف، ج٦، ص٣٥٦،.

(٣) ص٢٥٣، وأخرجه الشافعي في مسنده ص٣٨٢، والبيهقي في سننه، ج٦، ص١٤٣. قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» ج٣، ص٦٢: هو مرسل، وقال الألباني في: «إرواء الغليل»، ج٦، ص٣: ضعيف بهذا اللفظ.

(٤) المغني، ج٥، ص٥٦٤.

٢ ـ أنه يملك؛ لأن الملك الجاهلي لا حرمة له[١].

٣ ـ أنه يملك قياسًا على الركاز[٢].

ما استدل به للقول الثاني:

استدل له بما يلي:

١ ـ أن هذه الأرض ليست مواتًا؛ إذ فيها آثار ملك قديم، فلا تملك بالإحياء[٣].

المناقشة:

يناقش بأنه: وإن كان فيها آثار ملك قديم إلا أنه لا حرمة لذلك الملك، كما سبق ذكره في الدليل الثاني لأصحاب القول الأول.

٢ ـ ما ذكره ابن قدامة في «المغني»[٤] ـ في أثناء حديثه عن هذا القسم ـ حيث قال:

«ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يملك، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامرًا، فاستحقوه فصار موقوفًا بوقف عمر له فلم يملك، كما لو علم مالكه».

المناقشة:

يناقش ما ذكره ابن قدامة من وجهة نظري بما يلي:

١ ـ أن ما ذكره هو أمر محتمل، فلا يكون مانعًا من إحيائه.

---

(١) مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٩، المغني، ج٥، ص٥٦٤.

(٢) روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩.

(٣) روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٩.

(٤) ج٥، ص٥٦٤.

٢ ـ أن ما ذكره من أنه يصير وقفًا بوقف عمر له: غير مسلَّم، لأن فعل عمر رضي الله عنه هو فيما فتح عنوة، وقد سبق ذكر ما فيه.

٣ ـ أن قوله «فلم يملك كما لو علم مالكه» هو قياس مع الفارق، لأن ما علم مالكه قد تبيّن أمره، واتضحت جهته، بخلاف ما لم يعلم مالكه، فليس له مالك في الظاهر.

ولأن ما علم مالكه في إحيائه ضرر كبير على مالكه، بخلاف ما لم يعلم له مالك.

الترجيح:

لعل الراجح هو القول بجواز إحياء ما جرى عليه ملك لغير معين، ووجد فيه آثار ملك جاهلي، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به له؛ حيث قد سلم بعض أدلته من المناقشة.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقول الثاني، كما ظهر ذلك في أثناء المناقشة.

السبب الثالث: أن عموم قوله ﷺ «من أحيا أرضًا مواتًا في غير حق مسلم فهي له» يدل على ذلك.

السبب الرابع: أن هذا القول يتفق مع عمومات الأخبار التي حثت على الزراعة وعمارة الأرض، فيكون الأخذ به أولى. والله أعلم.

القسم الثاني: ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معروف:

اختلف الفقهاء في حكم إحياء هذا القسم على قولين:

القول الأول: أنه يملك بالإحياء، وبهذا قال جمهور الحنفية[١]، وهو قوله المالكية[٢]، وبعض الشافعية[٣]، وهو رواية في مذهب الحنابلة[٤].

القول الثاني: لا يملك بالإحياء، وهو المذهب عند الشافعية[٥]، ورواية عند الحنابلة[٦]، وبه قال: محمد بن الحسن من الحنفية[٧].

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل على جواز إحيائه بالأدلة الآتية:

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٢١٩، الهداية، ج٨، ص١٣٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧.

(٢) لم أجد ـ بجهدي المتواضع ـ نصًا صريحًا في كتب المالكية يدل على مذهبهم في هذه المسألة، وقد نقل ذلك عنهم بعض فقهاء الحنابلة، فقال ابن هبيرة في «الإفصاح» ج٢، ص٤٩: «واختلفوا في أرض كانت للمسلمين مملوكة ثم باد أهلها وخربت هل تملك بالإحياء؟ فقال: أبو حنيفة ومالك: تملك بذلك..».
وقال ابن قدامة في «المغني» ج٥، ص٥٦٥: «... والرواية الثانية: أنها تملك بالإحياء.. وهو مذهب أبي حنيفة ومالك».

(٣) روضة الطالبين، ج٥، ص٢٨٠.

(٤) المقنع، ج٢، ص٢٨٦، الكافي، ج٢، ص٤٣٥، العدة شرح العمدة، ص٢٥٨، الفروع، ج٤، ص٥٥٢، الإنصاف، ج٦، ص٣٥٥، المبدع، ج٥، ص٢٤٩.

(٥) روضة الطالبين، ج٥، ص٢٧٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٢، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٩.

(٦) المقنع، ج٢، ص٢٨٦، الكافي، ج٢، ص٤٣٥، المغني، ج٥، ص٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص٢٥٨، الفروع، ج٤، ص٥٥٢، الإنصاف، ج٦، ص٣٥٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٠، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٦.

(٧) الهداية، ج٨، ص١٣٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٢١٩.

الدليل الأول: عمومات الأخبار الدالة على جواز إحياء الأرض الموات[١]، كقوله ﷺ «من أحيا أرضًا ميتة فهي له».

الدليل الثاني: أن هذه الأرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم، فأشبهت الأرض التي لم يجر عليها الملك لأحد[٢].

الدليل الثالث: أن هذه الأرض تملك قياسًا على اللقطة والركاز[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل على أنها لا تملك بالإحياء بما يلي:

الدليل الأول: ما رواه كثير بن عبدالله بن عوف عن أبيه عن جده قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أحيا أرضًا مواتًا في غير حق مسلم فهي له». أخرجه البيهقي[٤].

فقيده بكونه في غير حق مسلم[٥].

المناقشة:

يناقش بأن قوله فيه «في غير حق مسلم» قد ورد في حديث في سنده

---

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٥، المغني، ج٥، ص٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص٢٥٩، المبدع، ج٥، ص٢٤٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٠، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٦.

(٢) المغني، ج٥، ص٥٦٥.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٥، المغني، ج٥، ص٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص٢٥٩، المبدع، ج٥، ص٢٤٩.

(٤) سنن البيهقي، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد، ولا في حق أحد فهي له، ج٦، ص١٤٢.

(٥) المغني، ج٥، ص٥٦٥.

مقال، لأنه يروى عن طريق: كثير بن عبدالله، وهو «ضعيف لا تقوم به حجة»[(١)].

وعلى فرض صحته فقد يراد بقوله فيه «في غير حق مسلم» أي: مسلم معروف، له أرض غير عامرة، فلا يجوز إحياؤها والحال ما ذكر، يدل على ذلك ما جاء في حديث آخر: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

قال هشام بن عروة في تفسير قوله «وليس لعرق ظالم حق»:

الظالم: أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها.

وأما محل النزاع هنا فهو في أرض جرى عليها الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معروف.

الدليل الثاني: أن هذه الأرض لها مالك فلم يجز إحياؤها، كما لو كان مالكها معينًا، فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم، وإن لم يكن له ورثة، ورثها المسلمون[(٢)].

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

١ ـ أن هذا القياس، هو قياس مع الفارق، لأن الأرض غير المحياة التي لها مالك معين قد علمت جهتها وتحدّد صاحبها فلا يجوز الاعتداء على ملكه بخلاف الأرض غير العامرة التي لا يعلم لها مالك معين.

٢ ـ أن قولهم في آخر الدليل: «فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون»، هو محل نظر، لأنه خارج عن محل

---

(١) نصب الراية، ج٤، ص٢٩٠، تصحيح وتعليق عبدالله هاشم المدني على تلخيص الحبير، ج٣، ص٦٢، الحديث رقم: ١٢٩٥.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٥، المغني، ج٥، ص٥٦٥، العدة شرح العمدة، ص٢٥٩، المبدع، ج٥، ص٢٤٩.

النزاع، فمحل النزاع في أرض جرى عليها الملك في الإسلام لغير معروف، أما إذا كان مالك الأرض له ورثة فهو حينئذٍ يكون معروفًا، وعليه يكون خارجًا عن محل النزع.

الترجيح:

يظهر لي أن القول الأول هو الراجح، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة أدلته فقد سلمت من المناقشة مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: أن أدلة القول الثاني، لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه، كما تبيّن ذلك من مناقشتها.

السبب الثالث: أن هذا القول يتفق مع العمومات التي حثت على عمارة الأرض واستغلالها فيكون الأخذ به أولى.

والله تعالى أعلم...

النوع الثالث: الأرض غير المملوكة

هذه الأرض إما أن يتعلق بها حق الارتفاق، وإما أن تكون قريبة من العمران، ولم تتعلق بها مصالحه، وإما أن تكون بعيدة لم تتعلق بها مصلحة العمران، وإليك حكم كل قسم من هذه الأقسام.

القسم الأول: الأراضي القريبة التي يتعلق بها حق الارتفاق:

ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، ونحو ذلك، فهذا لا يجوز إحياؤه، ولا يملك بالإحياء بالاتفاق بين الفقهاء[١].

---

(١) مختصر الطحاوي، ص١٣٤، مختصر القدوري مع اللباب، ج٢، ص٢٢٠، بدائع=

لقوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة في غير حق مسلم فهي له»[(١)]. مفهومه: أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء[(٢)].

ولأنه تابع للمملوك، ولو جوزنا إحياءه لبطل الملك في العامر على أهله[(٣)].

القسم الثاني: الأرض القريبة من العمران، ولم تتعلق بها مصالحه:

اختلف الفقهاء في حكم إحياء هذه الأرض على قولين:

القول الأول: أن هذه الأرض موات، فيجوز إحياؤها، وبه قال: محمد بن الحسن[(٤)]، وهو قول المالكية[(٥)]، والشافعية[(٦)]، والحنابلة في

=الصنائع، ج٦، ص١٩٤، الهداية مع نتائج الأفكار، ج٨، ص١٣٧، المدونة، ج٦، ص١٩٥، جواهر الإكليل، ج٢، ص٢٠٢، سراج السالك، ح٢، ص١٣٧، منح الجليل، ج٨، ص٧٥، المهذب، ج١، ص٤٣٠، التنبيه، ص١٢٩، روضة الطالبين، ج٥، ص٢٨١، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج١، ص٢٥٣، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٩، المقنع، ح٢، ص٢٨٦، المغني، ج٥، ص٥٦٦، الفروع، ج٤، ص٥٥٢، المبدع، ج٥، ص٢٥٠، نزع ملكية العقار، ص١٧٧، العمدة في فقه الشريعة الإسلامية، ص١٣٦.

(١) سبق تخريجه، ص٩٢.

(٢) المغني، ج٥، ص٥٦٧، المبدع، ج٥، ص٢٥٠، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٧.

(٣) المهذب، ج١، ص٤٣٠، المغني، ج٥، ص٥٦٧، المبدع، ج٥، ص٢٥٠، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٧، شرح منتهى الإيرادات، ج٢، ص٤٦٠.

(٤) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٢١٩، الهداية، ج٨، ص١٣٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧، الفتاوى الهندية، ج٥، ص٣٨٦.

(٥) المدونة، ج٦، ص٢٩٥، جواهر الإكليل، ج٢، ص٢٠٢، سراج السالك، ج٢، ص١٨٥، الشرح الكبير، ج٤، ص٦٩، منح الجليل، ج٨، ص٧٥.

(٦) الأم، ج٤، ص٤١، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٧٧، التنبيه، ص١٢٩، روضة الطالبين، ج٥، ص٢٨٥، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦١، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٧.

أشهر الروايتين[(١)]، والظاهرية[(٢)]، إلا أن المالكية يشترطون لإحياء ما قرب من العمران: إذن الإمام.

القول الثاني: أن هذه الأرض ليست مواتًا، فلا يجوز إحياؤها، وبه قال: أبو يوسف[(٣)]، وهو رواية في مذهب الحنابلة[(٤)].

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له» أخرجه الترمذي[(٥)].

وجه الاستدلال بالحديث:

أنه قد أفاد بالعموم الوارد فيه ملكية الأرض الموات للمحي مطلقًا من غير فرق بين ما قرُب من العمران وبين ما بعُد عنه[(٦)].

---

(١) الأحكام السلطانية، ص٢٠٩، المقنع، ج٢، ص٢٨٦، الكافي، ج٢، ص٤٣٦، المغني، ج٥، ص٥٦٧، الإنصاف، ج٦، ص٣٦٠، التنقيح، ص١٧٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٧.

(٢) المحلى، ج٩، ص٩١.

(٣) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٩٤، الهداية، ج٨، ص١٣٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧، الفتاوى الهندية، ج٥، ص٣٨٦.

(٤) المقنع، ج٢، ص٢٨٦، الكافي، ج٢، ص٤٣٦، المغني، ج٥، ص٥٦٧، الفروع، ج٤، ص٥٥٣، الإنصاف، ج٦، ص٣٦١، المبدع، ج٥، ص٢٥١.

(٥) سبق تخريجه، ص٤٤.

(٦) المغني، ج٥، ص٥٦٧، المبدع، ج٥، ص٢٥١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١، كشاف القناع، ح٤، ص١٨٧، الأموال المباحة، ج١، ص٢٩٥.

الدليل الثاني: أنه روي أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق. أخرجه أبو داود وأبو عبيد[(١)] واللفظ له.

وعن عمرو بن حريث قال: انطلق بي أبي إلى رسول الله ﷺ وأنا غلام شاب، فدعا لي بالبركة ومسح برأسي، وخط لي دارًا بالمدينة، وقال: «أزبدك»[(٢)]. أخرجه أبو داود[(٣)]، وحسَّنه ابن حجر[(٤)].

وجه الاستدلال:

أنه ﷺ قد أقطع بلال بن الحارث العقيق، وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة[(٥)]، وأقطع ابن حريث دارًا بالمدينة، فلم يفرق ﷺ بين ما قرب من العمران وما بعد عنه، وإذا جاز إقطاع ما قرب من العمران جاز إحياء ما قرب منه لتساويهما ـ في نهاية الأمر ـ في النتيجة والأثر[(٦)].

الدليل الثالث: أن القريب موات لم يتعلق به مصلحة العامر، فجاز إحياؤه قياسًا على البعيد[(٧)].

«ولأن الموات اسم لما لا ينتفع به فإذا لم يكن ملكًا لأحد ولا حقًّا خاصًّا لم يكن منتفعًا به كان بعيدًا عن البلدة أو قريبًا منها»[(٨)].

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضيين، ج٣، ص٤٤٤، وأخرجه أبو عبيد في كتاب «الأموال» ص٢٥٢.
(٢) أزبدك: أعطيك وأمنحك.
(٣) سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين، ج٣، ص٤٤٣.
(٤) تلخيص الحبير، ج٣، ص٦٤.
(٥) المغني، ج٥، ص٥٦٧، المبدع، ج٥، ص٢٥١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١، حاشية الروض، ج٥، ص٤٧٧.
(٦) الأموال المباحة، ج١، ص٢٩٥.
(٧) المغني، ج٥، ص٥٦٧، المبدع، ج٥، ص٢٥١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦١، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٧، حاشية الروض، ج٥، ص٤٧٧.
(٨) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٩٤.

وأما اشتراط المالكية إذنَ الإمام لجواز إحياء ما قرب من العامر فقد عللوا له بأن:

ما قرب من العامر مما يتشاح الناس فيه بخلاف البعيد، وقد يكون في إحيائه إحداث ضرر بأهل البلد فافتقر إلى إذن الإمام[١].

وقد نوقش بأن:

هذا التقسيم لا دليل عليه، ثم إن ما قرب من العمران لا يخلو إما أن يكون فيه ضرر على أهل البلدة، أو لا ضرر فيه عليهم، فإن كان فيه ضرر فليس للإمام أن يقطعه أحدًا، وإن كان لا ضرر فيه عليهم فأي فرق بينه، وبين البعيد عن العمران[٢].

دليل القول الثاني:

استدل على أن ما قرب من العمران لا يجوز إحياؤه حتى وإن لم يتعلق به مصلحة العمران.

بأن القريب وإن لم تتعلق به المصلحة في الحاضر لكنه مظنة تعلق المصلحة به في المستقبل فلا يملك بالإحياء تنزيلًا للضرر في المآل منزلة الضرر في الحال[٣].

ويجاب على هذا الاستدلال:

بأن عموم الأخبار تدل على جواز إحياء ما قرب من العامر، وإنما يمنع

(١) حاشية الدسوقي، ج٤، ص٦٩، المحلىٰ، ج٩، ص٩٢.
(٢) المحلىٰ، ج٩، ص٩٣ ـ ٩٤.
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ح٢، ص٤٣٦، المغني، ج٥، ص٥٦٧، المبدع، ج٥، ص٢٥١.

من ذلك ما تعلق به مصلحة العامر، فإذا انتفى المانع وهو التعلق بمصالح العامر، عمل المقتضى عمله[١].

ثم إن في الإحياء مصلحة محققة، والمنع منه لأجل مصلحة مظنونة ومراعاة المصلحة المحققة أولى من مراعاة المصلحة المظنونة[٢].

وعلى هذا يكون القول الأول هو الراجح، لقوة أدلته، ووجاهتها، وضعف دليل القول الثاني.

القسم الثالث: الأرض البعيدة التي لم يتعلق بها مصلحة العمران:

الأرض الموات البعيدة عن العمران التي لم يتعلق بها مصلحته، ولم يجر عليها ملك لأحد، ولم يوجد فيها أثر عمارة، فهي الأرض الموات التي تملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء[٣]، وهذا القسم هو الذي تنطبق عليه الأحاديث انطباقًا بيِّنًا، مثل ما رواه سعيد بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»[٤].

وما روته عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ قال: «من عمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق بها». قال عروة: قضى بذلك عمر بن الخطاب في خلافته[٥].

---

(١) المبدع، ج٥، ص٢٥١، كشاف القناع، ج٤، ص١٨٧.
(٢) الأموال المباحة، ج٥، ص٥٦٣.
(٣) المغني، ج٥، ص٥٦٣.
(٤) سبق تخريجه، ص٤٤.
(٥) سبق تخريجه، ص٤٤.

تنبيه:

اختلف الفقهاء في الحد الفاصل بين القريب والبعيد على أقوال:

أ) فقال أبو يوسف من الحنفية: إن حد البعيد هو: إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لا يسمع فيها فإنه موات، وإن كان يسمع فليس بموات. مختصر الطحاوي، ص١٣٤، الهداية مع نتائج الأفكار، ج٨، ص١٣٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧.
=

= ب) وقال محمد بن الحسين من الحنفية: إن المعتبر في ذلك هو ارتفاق أهل البلدة بذلك أو عدم ارتفاقهم به فلا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل البلدة وإن كان بعيدًا، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريبًا، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٥٧، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص٦٦، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٢١٩.

ج) وقال المالكية: القريب: هو حريم العمارة مما يلحقونه غدوًا ورواحًا.

والبعيد: ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم، الشرح الصغير، ج٢، ص٢٩٦، سراج السالك، ج٢، ص١٨٥، منح الجليل، ج٨، ص٨٢ ـ ٨٣.

د) وأما الشافعية فإنهم قالوا: لا يمنع من إحياء ما وراء الحريم، قرب، أم بعد وسواء أحياه أهل العمران أم غيرهم، وعرفوا الحريم بأنه: المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع كالطريق، ومسيل الماء، ونحوهما. روضة الطالبين، ج٥، ص٢٨٢، ٢٨٥.

هـ) وقال الحنابلة: أنه لا حدَّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف. المغني، ج٥، ص٥٦٧، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٦٠.

و) وقال الليث: حده «غلوة»، وهي خمس الفرسخ. المغني، ج٥، ص٥٦٧، وقيل: هي مقدار رمية بالسهم. قال يحيى بن آدم: الغلوة: ما بين ثلاثمائة ذراع وخمسين إلى أربعمائة. تعليق محمد حامد الفقي على الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٩.

ولعل أرجح هذه الأقوال هو قول من قال: إن المرجع في ذلك إلى العرف؛ لأن «التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف ولا يعرف بالرأي والتحكم ولم يرد من الشرع لذلك تحديد فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز». المغني، ج٥، ص٥٦٨.



المبحث الثاني

تقسيم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها

تنقسم الأراضي باعتبار نوع ما يفرض عليها إلى نوعين:
أراض عشرية، وأراض خراجية[(١)].

١ ـ فالأراضي العشرية: هي: الأراضي التي تؤخذ منها الزكاة وسميت عشرية؛ لأن زكاة الزرع والثمار عشر الناتج إذا كانت تسقى بدون مؤنة، ونصف العشر إذا كانت تسقى بمؤنة[(٢)].

٢ ـ والأراضي الخراجية: هي التي فرض عليها الخراج[(٣)]، وهو ما وضع على رقاب الأرضين من حقوق تؤدى عنها[(٤)].

وأعرض فيما يلي: الأراضي العشرية في مطلب مستقل، ثم يكون الحديث بعد ذلك عن الأراضي الخراجية في فرع آخر.

* * *

---

(١) فائدة: التفرقة بين الأرض العشرية والخراجية من نواحٍ كثيرة أبرزها: اختلاف طبيعة الواجب على كل منهما، ومقدار الواجب، ومصرف الواجب عليهما، ومدى حقوق الحائزين لكل منهما. (نظام الضرائب في الإسلام، ص٣٩٧، ٣٩٨).

(٢) المدخل الفقهي العام، ج٣، ص١٥٣، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج١، ص١١٣.

(٣) ينظر: المرجعان السابقان.

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٤٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٢.

المطلب الأول: الأراضي العشرية:

تشمل الأراضي العشرية الأنواع التالية:

١ ـ ما استأنف المسلمون إحياءه فهو أرض عشر لا يجوز أن يوضع عليها خراج[١].

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ: «بغير خلاف بين الأئمة»[٢].

٢ ـ الأراضي التي أسلم عليها أهلها طوعًا من غير قتال، فهي لا خراج عليها، وليس فيها سوى العشر[٣].

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٤٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٢، نظام الضرائب في الإسلام، ص٣٩٦.

(٢) أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠١، ويلاحظ أن الحنفية لهم تفصيل في الأرض المحياة قال الكاساني في (بدائع الصنائع، ج٢، ص٥٨): «وأما ما أحياه المسلم من الأرض الميتة بإذن الإمام، فقال أبو يوسف: إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية، وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية.

وقال محمد: إن أحياها بماء السماء أو ببئر استنبطها أو بماء الأنهار العظام التي لا تملك مثل دجله والفرات، فهي أرض عشر، وإن شق لها نهرًا من أنهار الأعاجم، مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي أرض خراج».

(٣) النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، بدائع الصنائع، ج٢، ص٥٧، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة: ٢، النصوص المرضية مخطوط ورقة: ٣، الفواكه الدواني، ج١، ص٤٧٠.

الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٣، أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٢.

الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٤٧، وقد قال فيه: «وقال أبو حنيفة: الإمامُ مخير بين أن يجعلها خراجًا أو عشرًا، فإن جعلها خراجًا لم يجز أن تنقل إلى العشر، وإن جعلها عشرًا جاز أن تنقل إلى الخراج». والذي وجدته في كتب الحنفية السابقة أنهم نصوا على أنها أرض عشر ولم يذكروا التخيير.

٣ ـ الأراضي التي فتحت عنوة، وقسمت بين الغانمين(١)، هذا مع ملاحظة الخلاف السابق في حكم هذه الأرض(٢).

٤ ـ ما فتح عنوة ثم أسلم أهله، وأقروا عليه(٣).

* * *

المطلب الثاني: الأراضي الخراجية:

وتشمل الأنواع التالية:

١ ـ الأراضي التي فتحت عنوة، ولم تقسَّم، سواء وقفت على المسلمين عند من يقول بذلك، أو تركها الإمام في يد أربابها على وجه التمليك عند من يقول به، أو تركها في أيديهم وليس على وجه التمليك عند من يقول به، أو أخرجهم منها ودفعها إلى قوم آخرين من أهل العهد(٤)، فإنها في هذه الأحوال تكون خراجية.

٢ ـ الأراضي التي فتحت صلحًا، سواء وقع عقد الصلح على أن الأرض لنا وتقر في أيديهم بخراج يضرب عليها، أو وقع العقد على أن الأرض لهم مقابل خراج يدفعونه للمسلمين.

---

(١) النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، بدائع الصنائع، ج٢، ص٥٧، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة ١، النصوص المرضية مخطوط ورقة ٣، الفواكه الدواني، ج١، ص٤٧٠، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٤٧، روضة الطالبين، ج٢، ص١٣٤، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٣، أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٢، نظام الضرائب في الإسلام، ص٣٩٦.

(٢) انظر: ص٥٤.

(٣) النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة ٢.

(٤) راجع الخلاف في حكم الأراضي المفتوحة عنوة في ص٥٤ من هذه الرسالة.

٣ ـ الأراضي التي جلا عنها أهلها بغير قتال فهذه يضرب عليها الإمام خراجًا يكون أجرة لم تقر في يده من مسلم أو كافر(١).

(١) النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٥، بدائع الصنائع، ج٢، ص٥٨، النور البادي في أحكام الأراضي مخطوط ورقة: ٢، النصوص المرضية مخطوط ورقة: ٣، منح الجليل، ج٢، ص٢٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٤٧، روضة الطالبين، ج٢، ص٢٣٤، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٣ ـ ١٦٤، المقنع، ج١، ص٥١٠ ـ ٥١٢، أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٢ ـ ١٠٦.

الباب الأول

بيــع العقــار

ويتضمن الفصول الآتية:

الفصل الأول: حكم بيع العقار وشروطه.

الفصل الثاني: زيادة العقار المبيع أو نقصه عما عقد عليه.

الفصل الثالث: قبض العقار في البيع.

الفصل الرابع: حكم بيع العقار المشترى قبل قبضه.

الفصل الخامس: ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه.

الفصل السادس: الاستثناء في بيع العقار.

الفصل السابع: بيع عقار المحجور عليه.

الفصل الثامن: بيع العقار المرهون أو الموقوف.

الفصل التاسع: بيع العقارات المشاعة.

الفصل العاشر: بيع العلو والسفل وأجزائهما.

الفصل الأول

حكم
بيع العقار وشروطه

حكم بيع العقار

اتفق الفقهاء على صحة بيع العقار في الجملة[1]. جاء في «المهذب»[2] قوله:

«يجوز بيع.. الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والأراضي والعقار، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار...».

وجاء في «المحرر»[3] قوله:

«كل ما أبيح نفعه واقتناؤه مطلقًا: فبيعه جائز، كالعقارات والمتاع..».

---

(١) الخراج لأبي يوسف، ص١٣٥، مختصر القدوري، ج٢، ص٩، الهداية، ج٥، ص٩٧، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٨٠، كشف الحقائق، ج٢، ص٥، المدونة، ج٤، ص٣٣٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٦١، قوانين الأحكام الشرعية، ص٢٨٧، منح الجليل، ج٥، ص٢٨١، الوجيز، ج١، ص١٣٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٦، المجموع، ج٩، ص٢٤٧، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٠، نهاية المحتاج، ج٤، ص١١٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٣، المقنع، ج٢، ص٨، الإفصاح، ج١، ص٣٤٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤، المغني، ج٤، ص٨٦، الفروع، ج٤، ص٣٨، التنقيح، ص١٢٣، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٤، الإقناع، ج٢، ص٥٩.

(٢) ج١، ص٢٦٩.

(٣) ج١، ص٢٨٤.

وجاء في «مراتب الإجماع»[(١)] قوله:

«واتفقوا أن بيع المرء عقاره من الدور، والحوائط، والحوانيت، ما لم يكن العقار بمكة: فهو جائز.

واتفقوا أن بيع عقاره من المزارع والحوائط غير المشاعة جائز، ما لم يكن أرض عنوة غير أرض مقسومة».

شروط صحة بيع العقار:

يشترط لصحة بيع العقار سبعة شروط، وهي ذاتها تشترط في البيع، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: التراضي به.

الشرط الثاني: أن يكون العاقد جائز التصرف.

الشرط الثالث: أن يكون المبيع مالًا.

الشرط الرابع: أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه.

الشرط الخامس: أن يكون مقدورًا على تسليمه.

الشرط السادس: أن يكون معلومًا.

الشرط السابع: أن يكون الثمن معلومًا[(٢)].

وسأتناول جزئيات بيع العقار التي تدخل تحت كل شرط من هذه الشروط بالشرح والتفصيل فيما يلي:

---

(١) ص٩٠.

(٢) تختلف المذاهب الأربعة في تعداد شروط صحة البيع، وقد اعتمدت ما في المذهب الحنبلي، فتراجع هذه الشروط في الكتب التالية: المقنع، ج٢، ص٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٠٧، المبدع، ج٤، ص٧، الإقناع، ج٢، ص٥٧، كشاف القناع، ج٣، ص١٤٩، الروض المربع، ج٤، ص٣٣١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤١.



الشرط الأول

التراضي بالبيع

الأصل في البيع أن يكون اختياريًّا وبرضا العاقدين، لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1].

ولما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إنما البيع عن تراض». أخرجه ابن ماجه[2].

وسيكون الكلام عن هذا الشرط في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار.

المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة.

* * *

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب بيع الخيار، ج٢، ص٧٣٦، حديث رقم ٢١٨٥. قال في الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله موثوقون، رواه ابن حبان في صحيحه. وصححه الألباني في «إرواء الغليل»، ج٥، ص١٢٥.

المطلب الأول: حكم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة:

نزع ملكية العقار بالقوة، لأجل المنفعة العامة، لا يتحقق فيه شرط الرضا فما حكمه؟

يمكن القول بأن الفقهاء متفقون ـ في الجملة ـ على صحة نزع ملكية العقار بالقوة للمنفعة العامة، كتوسعة مسجد، أو شق طريق أو نحوهما[(١)].

وقد استدلوا على ذلك بأدلة منها:

الدليل الأول: ما رواه البخاري في صحيحه عن ابن شهاب في قصة هجرته ﷺ، وبناء مسجده بالمدينة؛ حيث قال: «.. ثم ركب راحلته فسار يمشي معه الناس حتى بركت عند مسجد الرسول ﷺ بالمدينة، وهو يصلي فيه يومئذ رجال من المسلمين، وكان مربدا[(٢)] للتمر، لسهيل، وسهل غلامين يتيمين في حجر أسعد بن زرارة، فقال رسول الله ﷺ حين بركت به راحلته، «هذا إن شاء الله المنزل»، ثم دعا رسول الله ﷺ الغلامين فساومهما بالمربد ليتخذه مسجدًا، فقالا: لا بل نهبه لك يا رسول الله، فأبى رسول الله ﷺ أن يقبله منهما هبة حتى ابتاعه منهما ثم بناه مسجدًا»[(٣)].

وجه الدلالة من الحديث:

---

(١) تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٣٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٧٩، التاج والإكليل، ج٤، ص٢٥٢، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٦، الشرح الصغير، ج٣، ص١٨، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٦٢، المجموع شرح المهذب، ج٩، ص٤٣، ٤٥، ١٦٧، المقنع، ج٢، ص٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٠٧، المبدع، ج٤، ص٧، الإقناع، ج٢، ص٥٨.

(٢) المربد: الموضع الذي يجفف فيه التمر (فتح الباري، ج٧، ص٢٤٦).

(٣) صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة، ج٥، ص٧٨.

دلَّ الحديث على مشروعية استملاك العقار للمنفعة العامة، وهذا أول استملاك في الإسلام لمنفعة عامة[(١)].

وفي الحديث كما يقول ابن القيم: «دليل على جواز بيع عقار اليتيم، وإن لم يكن محتاجًا إلى بيعه للنفقة، إذا كان في البيع مصلحة للمسلمين عامة لبناء مسجد أو سور أو نحوه»[(٢)]، فلو لم يكن جائزًا إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرًا بثمنه للمصلحة الراجحة لما جاز بيع عقار اليتيم وهو غير محتاج إلى بيعه.

الدليل الثاني: ما ثبت في الصحيحين من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم العبد قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق»[(٣)].

وجه الاستدلال بالحديث:

دلَّ الحديث على جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرًا بثمنه للمصلحة الراجحة، ولهذا حين ذكر ابن القيم مسائل في التملك القهري أورد هذا الحديث ثم قال: «وصار هذا الحديث أصلًا في أن ما لا يمكن قسمة عينه، فإنه يباع ويقسم ثمنه، إذا طلب أحد الشركاء ذلك ويجبر الممتنع على البيع.

وصار أصلًا في أن من وجدت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل، لا بما يزيد عن الثمن.

---

(١) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٢٦.

(٢) بدائع الفوائد، ج٣، ص٢٠٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب العتق، باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين أو أمة بين شركاء، ج٣، ص١٨٩، صحيح مسلم، كتاب العتق، الباب الأول، ج١٠، ص١٣٥، (صحيح مسلم بشرح النووي).

وصار أصلًا في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرًا بثمنه للمصلحة الراجحة...»[(١)].

الدليل الثالث: ما رواه البيهقي في سننه عن أبي هريرة قال: «لما أراد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يزيد في مسجد رسول الله ﷺ، وقعت زيادته على دار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه، فأراد عمر رضي الله عنه أن يدخلها في مسجد رسول الله ﷺ، ويعوضه منها فأبى، وقال: قطيعة رسول الله ﷺ، واختلفا، فجعلا بينهما أبي بن كعب رضي الله عنه، فأتياه في منزله، وكان يسمَّى سيد المسلمين، فأمر لهما بوسادة، فألقيت لهما، فجلسا عليها بين يديه، فذكر عمر ما أراد، وذكر العباس قطيعة رسول الله ﷺ، فقال أبي: إن الله عز وجل أمر عبده ونبيه داود عليه السلام أن يبني له بيتًا، قال: أي ربِّ، وأين هذا البيت؟ قال: حيث ترى الملك شاهرًا سيفه! فرآه على الصخرة، وإذا ما هنالك يومئذ أنْدَر[(٢)] لغلام من بني إسرائيل، فأتاه داود فقال: إني قد أمرت أن أبني هذا المكان بيتًا لله عز وجل، فقال له الفتى: الله أمرك أن تأخذها مني بغير رضاي؟ قال: لا، فأوحى الله إلى داود عليه السلام أني قد جعلت في يدك خزائن الأرض فأرضه، فأتاه داود فقال: إني قد أمرت برضاك، فلك بها قنطار من ذهب، قال: قد قبلت يا داود وهي خير أم القنطار؟

قال: بل هي خير، قال: فأرضني، قال: فلك بها ثلاثة قناطير، قال: فلم يزل يشدد على داود، حتى رضي منه بتسعة قناطير، قال العباس: اللهم لا آخذ لها ثوابًا، وقد تصدقت بها على جماعة المسلمين، فقبلها عمر رضي الله عنه منه، فأدخلها في مسجد رسول الله ﷺ.

---

(١) الطرق الحكمية، ص ٢٥٩.

(٢) الأندر: البيدر الذي يجمع فيه القمح. القاموس المحيط، باب الراءن فصل النون، ج٢، ص١٤٠، مختار الصحاح، باب النون، مادة: ندر، ص٦٥٢.

وفي رواية أخرى أن عمر رضي الله عنه قال: «يا أبا الفضل، إنَّ مسجد المسلمين قد ضاق بهم، وقد ابتعت ما حوله من المنازل، نوسع به على المسلمين في مسجدهم إلَّا دارك وحجر أمهات المؤمنين، فأما حجر أمهات المؤمنين فلا سبيل إليها، وأما دارك فبعنيها بما شئت من بيت مال المسلمين أُوسِّع بها في مسجدهم فقال العباس: ما كنت لأفعل.

قال: فقال له عمر: اختر مني إحدى ثلاث: إما أن تبيعنيها بما شئت من بيت مال المسلمين، وإما أن أخطك حيث شئت من المدينة وأبنيها لك من بيت مال المسلمين، وإما أن تصدق بها على المسلمين فتوسع بها في مسجدهم»[1].

وجه الدلالة من ذلك:

أنه حين دعت الحاجة إلى توسعة مسجد رسول الله ﷺ في خلافة عمر قام عمر رضي الله عنه بشراء الدور المحيطة بالمسجد فيما عدا حجرات أمهات المؤمنين فلا يعرض لها، وأما غيرها من الدور فهو يقومها ويدفع لأربابها قيمتها رضوا أم كرهوا[2]، وحين امتنع العباس رضي الله عنه، خيَّره عمر رضي الله عنه في ثلاث خصال، مما يدل على أنه سوف يأخذ دار العباس، لتوسعة المسجد، رضى العباس أم كره.

الدليل الرابع: ما نقل عن توسعة المسجد الحرام في خلافة عمر بن الخطاب ثم في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنهما، وذلك أنه حين ضاق المسجد الحرام بالمصلين والطائفين اشترى عمر رضي الله عنه الدور المحيطة به، ودفع أقيامها لأهلها، ومن أبى منهم قوَّم داره ثم رصد أثمانها في خزانة الكعبة، وألزمهم بإخلائها وهدمها، وكذلك فعل عثمان رضي الله عنه في خلافته.

---

(١) السنن الكبرى، ج٦، ص١٦٨.
(٢) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٢٩.

نقل الأزرقي في «أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار»[١] بسنده عن ابن جريج قال: كان المسجد الحرام ليس عليه جدران محاطة إنما كانت الدور محدقة به من كل جانب، غير أن بين الدور أبوابًا يدخل منها الناس من كل نواحيه فضاق على الناس فاشترى عمر بن الخطاب رضي الله عنه دورًا فهدمها، وأبى بعضهم أن يأخذ الثمن وتمنع من البيع فوضعت أثمانها في خزانة الكعبة حتى أخذوها بعدُ، ثم أحاط عليه جدارًا قصيرًا، وقال لهم عمر: إنما نزلتم على الكعبة فهو فناؤها ولم تنزل الكعبة عليهم، ثم كثر الناس في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه فوسع المسجد واشترى من قوم، وأبى آخرون أن يبيعوا، فهدم عليهم فصيَّحوا به فدعاهم فقال: إنما جرَّأكم عليَّ حلمي عنكم فقد فعل بكم عمر هذا فلم يصح به أحد فاحتذيت على مثاله فصيحتم بي ثم أمر بهم إلى الحبس حتى كلمه فيهم عبدالله بن خالد بن أسيد فتركهم.

وجه الدلالة:

دلَّ هذا الأثر على أن عمر وعثمان رضي الله عنهما قد نزعا ملكية العقارات المجاورة للمسجد الحرم بالقوة لتوسعة المسجد الحرام ودفعا أقيامها لأهلها.

الدليل الخامس: الإجماع: وذلك أن نزع ملكية العقار لأجل المصلحة العامة كتوسعة مسجد، أو طريق كان يتم بمحضر من الصحابة والتابعين ولم يظهر من أحد منهم خلاف أو اعتراض على ذلك، فكان إجماعًا[٢].

روى يحيى بن سعيد عن المطلب بن عبدالله بن حنطب قال: «لما ولي عثمان بن عفان سنة أربع وعشرين، كلمه الناس أن يزيد في مسجدهم، وشكوا إليه ضيقه يوم الجمعة، حتى أنهم ليصلون في الرحاب، فشاور فيه

(١) ج٢، ص٦٨ ـ ٦٩.
(٢) الشريعة الإسلامية لبدران أبو العينين، ص٣٥٥ ـ ٣٥٦، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٣٥.

عثمان أهل الرأي من أصحاب رسول الله ﷺ فأجمعوا على أن يهدمه ويزيد فيه. فصلى الظهر بالناس ثم صعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أيها الناس، إني قد أردت أن أهدم مسجد رسول الله ﷺ وأزيد فيه، وأشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: من بنى لله مسجدًا بنى الله له بيتًا في الجنة»[١]، وقد كان لي فيه سلف وإمام سبقني وتقدمني عمر بن الخطاب، وكان قد زاد فيه وبناه، وقد شاورت أهل الرأي من أصحاب رسول الله ﷺ، فأجمعوا على هدمه وبنائه وتوسيعه، فحسن الناس يومئذ ذلك، ودعوا له، فأصبح فدعا بالعمال، وباشر ذلك بنفسه[٢].

ومما سبق يظهر أن الشريعة الإسلامية قد أجازت انتزاع ملكية العقار بالقوة لأجل المصلحة العامة، وذلك داخل تحت القاعدة المشهورة: «يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام»[٣].

ولأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

قال الشاطبي رحمه الله: «أنه إذا نشأ ضرر عام نتيجة امتناع الرجل من بيع داره أو فدانه، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره، فإنه يعتبر الضرر العام، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع، وعن بيع الحاضر للبادي، وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره مما رضي أهله وما لا، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة»[٤].

* * *

(١) متفق عليه: صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب: من بنى مسجدًا، ج١، ص١٢٢، صحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، ج٥، ص١٤، «صحيح مسلم بشرح النووي».

(٢) وفاء الوفاء بأخبار مدينة المصطفى، السمهودي، ج٢، ص٥٠٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٨٧.

(٤) نقلًا عن نزع ملكية العقار، ص٤٣٣.

المطلب الثاني: حقيقة نزع ملكية العقار:

الشريعة الإسلامية حثَّت على احترام الملكية الفردية وعدم الاعتداء عليها، ولهذا كان الأصل في نقل الملك من مالك إلى آخر أن يكون برضا الطرفين، غير أنه في أحوال متعددة أجازت الشريعة الإسلامية انتزع الملك من صاحبه بغير رضاه دفعًا لضرر خاص، أو جلبًا لمنفعة عامة، واستملاك العقار للمنفعة العامة كتوسعة مسجد أو طريق أو نحوهما لا يتحقق فيه شرط الرضا فكيف يمكن تسويغه؟

للفقهاء في الإجابة عن ذلك مسلكان:

المسلك الأول:

أنَّ الإكراه نوعان:

الأول: إكراه بغير حق فهذا لا يصح وما أخذ به يجب ردُّه.

الثاني: إكراه بحقٍّ، كمن أجبر على بيع داره لتوسعة مسجد أو طريق، فيصح البيع، لأنه قول حمل عليه بحق فصح[(١)].

وهذا المسلك: يعتمد في نقل الملك في العقود القهرية على عبارة المالك الصادرة عن إكراه، فيكون استثناء من اشتراط رضا العاقد[(٢)].

---

(١) تبيين الحقائق، ج٤، ص٢ ـ ٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٦، بلغة السالك، ج٢، ص٣٤٦، منح الجليل، ج٤، ص٤٤١، المهذب، ج١، ص٢٦٤، المجموع، ج٩، ص١٥٩، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٤٢، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٧٥، إعانة الطالبين، ج٣، ص٧، المقنع، ج٢، ص٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤.

(٢) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ٢٤٩٢، المعاملات الشرعية لأحمد إبراهيم، ص٧٣.

المسلك الثاني:

أنه لا يعتبر في العقود الجبرية رضا المالك، ولا عبارته، ولا يكون هو مباشرًا للعقد، بل يباشره عنه غيره، ويقوم ولي الأمر مقام المالك بحكم الشرع في هذه المبادلة ويغني رضا ولي الأمر عن رضا المالك[(١)]، وقد اختار شيخ الإسلام ابن تيمية[(٢)] وتلميذه ابن القيم[(٣)] هذا المسلك.

خلاصة القول: أن ولي الأمر بما له من ولاية عامة يقوم في العقود الجبرية مقام البائع وهو المالك، ومقام المشتري وهو بيت المال.

وقد أشار إلى ذلك عز الدين بن عبد السلام في «قواعد الأحكام»[(٤)] حيث قال:

«... وأما ما خالف القياس في المعاوضات وغيرها من التصرفات فله أمثلة:

منها: أن الرضا شرط في جميع التصرفات إلا أن يتعذر رضا المتصرف والعامل ورضا نائبهما، فإن الحاكم يتصرف فيما لزمه من التصرفات القابلة للنيابة مع غيبته أو امتناعه على كره منهم، إيصالًا للحق إلى مستحقه، ونفعًا للمقتنع ببراءته من الحق، وقد فعل ذلك عمر رضي الله عنه بأسيفيع جهينة»[(٥)].

---

(١) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٩٣.
(٢) نظرية العقد لابن تيمية، ص١٥٣.
(٣) الطرق الحكمية، ص٢٦٢.
(٤) قواعد الأحكام، ج٢، ص١٧٤.
(٥) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهيته، ج٢، ص٧٧٠، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، ج٦، ص٤٩، قال ابن حجر في تلخيص الحبير، ج٣، ص٤٠: هو منقطع وذكر أنه وصله الدارقطني في العلل، وضعفه الألباني في «إرواء الغليل»، ج٥، ص٢٦٢.

وبعد: فهذان مسلكان في حقيقة نزع الملكية من صاحبه جبرًا:

أولهما: يعتمد على عبارة المالك الصادرة عن إكراه.

وثانيهما: لا يعتبر في العقود الجبرية رضا المالك ولا عبارته، ولا يكون مباشرًا للعقد، بل يباشر عنه غيره.

ويرى بعض الفقهاء أن ولي الأمر: هو بالخيار: إن شاء باع ماله بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه(١). والله أعلم.

* * *

المطلب الثالث: إجراءات نزع ملكية العقار للمنفعة العامة:

يتناول الحديث في هذا المطلب: كيفية نزع ملكية العقار، وتقويم العقار، وتفصيل القول في ذلك هو كما يلي:

أولًا: كيفية نزع ملكية العقار:

المصلحة العامة إذا دعت إلى استملاك شيء من العقار فإن ولي الأمر أو نائبه يتبع في نزع ملكيته ما يلي:

أن يساوم أهل العقار المراد استملاكه في بيعه، فإن هم أجابوه ورضوا فبها، وذلك لفعل رسول الله ﷺ وفعل صحابته، فقد أخرج البخاري في صحيحه عن أنس رضي الله عنه قال: «أمر النبي ﷺ ببناء المسجد فقال: يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا.

قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله»(٢).

---

(١) المجموع ج٩، ص١٥٩، مغني المحتاج ج٢، ص٨.

(٢) صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب مقدم النبي ﷺ وأصحابه المدينة، ج٥، ص٨٦.

وفي حديث آخر في بيان قصة بناء مسجده عليه السلام جاء فيه: «.. ثم دعا رسول الله ﷺ الغلامين فساومهما بالمربد ليتخذه مسجدًا» الحديث(١).

وأخرج البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه في بيان توسعة عمر رضي الله عنه لمسجد رسول الله ﷺ حين وقعت التوسعة على دار العباس بن عبد المطلب رواية جاء فيها: «يا أبا الفضل إن مسجد المسلمين قد ضاق بهم، وقد ابتعت ما حوله من المنازل، نوسِّع بها على المسلمين في مسجدهم إلا دارك وحجر أمهات المؤمنين، فأما حجر أمهات المؤمنين فلا سبيل إليها، وأما دارك فبعنيها بما شئت من بيت مال المسلمين أوسِّع بها في مسجدكم...»(٢).

فإن ساومه ولي الأمر، أو من يقوم مقامه، فامتنع، قوَّم العقار، ودفع قيمته من بيت مال المسلمين، فإن امتنع من أخذ القيمة رصدت في بيت المال حتى يأخذها.

وقد سبقت الأدلة على ذلك في المطلب الأول.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه: «ليس للمالك أن يأبى حين يدعوه داعي المصلحة العامة إلى بيع ملكه، فإن أبى كان غير محق في إبائه، وكان إباؤه عنتًا وظلمًا، فيقوم ولي الأمر مقامه في هذه المعاوضة، دفعًا لهذا الظلم، وحماية للنفع العام»(٣).

ثانيًا: تقويم العقار:

ويتناول الحديث فيه النقاط التالية:

١ ـ مشروعية التقويم.

---

(١) سبق تخريجه. ص١١٢.

(٢) السنن الكبرى، ج٦، ص١٦٨، وسبق في ص١١٥.

(٣) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٩٨.

٢ ـ ما يشترط في التقويم.

٣ ـ اختلاف المقومين.

٤ ـ الزمن الذي يعتبر فيه التقويم.

٥ ـ إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة عن زمن التقويم.

وبيان ذلك فيما يلي:

١ ـ مشروعية التقويم:

اتفق الفقهاء على جواز أخذ الملك من صاحبه للمصلحة العامة إذا دفع له ثمن المثل مقدرًا بمعرفة أهل الخبرة المتصفين بالعدالة(١).

وثمن المثل: ما ينتهي إليه رغبات الناس، وهو القيمة.

وأما الثمن عند الإطلاق فهو: ما يدفع عوضًا عن العين(٢)، زاد عن القيمة الحقيقية، أو نقص عنها.

قال ابن عابدين: «الفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن: ما تراضى عليه المتعاقدون، سواء زاد عن القيمة أو نقص. والقيمة: ما قوم به الشيء، بمنزلة المعيار، من غير زيادة ولا نقصان»(٣).

---

(١) تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٣٣، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج٢، ص١٣٦، الدر المختار، ج٤، ص٣٧٩، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٣٧٩، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢١٦، مرشد الحيران، المادة ١٦٥، التاج والإكليل، ج٤، ص٢٥٢، مواهب الجليل، ج٤، ص٢٥٣، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٦٢، المجموع، ج٩، ص٤٥، الطرق المحكمية، ص٢٥٣، القواعد لابن رجب، ص٧٣، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٤٩٩، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج٢، ص١٧٩، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج١، ص٢٤٨، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم، ص٧٣.

(٢) الفتاوى الفقهية لابن حجر الهيثمي، ج٢، ص٢٢٧، جامع الرموز، ج٢، ص٢.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٧٥.

وقال ابن حجر: «قيمة الشيء ما تنتهي إليه الرغبة فيه.. والثمن: ما يقابل به المبيع عند البيع»[(١)].

«والحاصل: أن ما يقدره العاقدان بكونه عوضًا للمبيع في عقد البيع يسمى ثمنًا.

وما يقدره أهل السوق والخبرة يسمى قيمة.

وعليه فإن الثمن قد يكون مساويًا للقيمة، وقد يكون زائدًا عن القيمة، وقد يكون ناقصًا عن القيمة»[(٢)].

وقد وردت أدلة متعددة على مشروعية التقويم، منها: قوله ﷺ: «من أعتق شركًا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»[(٣)].

قال ابن القيم: «وصار هذا الحديث أصلًا في أن من وجدت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل، لا بما يزيد عن الثمن»[(٤)].

وقد دلَّ على مشروعية التقويم أيضًا فعل الصحابة رضي الله عنهم في توسعة المسجد الحرام، كما سبق بيانه.

٢ ـ ما يشترط في التقويم:

يشترط لصحة التقويم ما يلي:

١ ـ أن يكون المقوم عدلًا.

٢ ـ أن يكون خبيرًا بأقيام السلع، وما يطرأ عليها من ارتفاع أو هبوط.

---

(١) فتح الباري، ج١٢، ص١٠٥.
(٢) كشاف اصطلاحات الفنون، ج١، ص٢٥٣.
(٣) سبق تخريجه، ص١١٣.
(٤) الطرق الحكمية، ص٢٥٩.

٣ ـ أن يكون التقويم بالنقد المتعارف عليه في البلد.

٤ ـ مشاهدة العين المقومة، والإحاطة بجميع صفاتها[(١)].

٥ ـ أن يكون عدد المقومين اثنين فصاعدًا.

وهذا الشرط قد اختلف الفقهاء فيه هل يكفي مقوِّم واحد أو لا بدَّ من اثنين على قولين:

القول الأول: أنه لا بد من اثنين، وبه قال مالك في رواية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

القول الثاني: أنه يكفي مقوم واحد، وبه قال الحنفية[(٥)]، والإمام مالك في رواية عنه[(٦)].

---

(١) أدب القضاء، ابن أبي الدم، ص٤٢٩، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٣٥٦، مرشد الحيران المادة ١٦٥، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٥٠٠، ٥٠٢، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص٧٣.

(٢) الفروق، ج١، ص٩، تهذيب الفروق، ج١، ص١٥، الشرح الصغير، ج٣، ص٦٧، منح الجليل، ج٧، ص٢٥٤.

(٣) المهذب، ج٢، ص٣٠٧، الوجيز، ج٢، ص٢٤٧، روضة الطالبين، ج١١، ص٢٠١، مغني المحتاج، ج٤، ص٤١٩، نهاية المحتاج، ج٨، ص٢٦٩.

(٤) المقنع، ج٤، ص٢٨٧، المغني، ج٩، ص١٢٦، المبدع، ج١٠، ص١٣٤، الإنصاف، ج١١، ص٣٥٤.

(٥) الهداية، ج٨، ص٦، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٢٣، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٧٣.

(٦) الفروق، ج١، ص٩، منح الجليل، ج٧، ص٢٥٤.

ويلاحظ أن الإمام مالك يرى أنه إذا تعلق بالتقويم حد كالسرقة فلا بد من اثنين قولًا واحدًا.

قال القرافي في الفروق، ج١، ص٩: «المقوم للسلع وأروش الجنايات والسرقات والغصوب، وغيرها قال مالك: يكفي الواحد في التقويم إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، وروى لا بد من اثنين في كل موضع».

قال القرافي:

«ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشباه:

شبه الشهادة، لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر. وشبه الرواية، لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كما.. في المترجم والقائف، وهو ضعيف، لأن الشاهد كذلك. وشبه الحاكم، لأن حكمه ينفذ في القيمة، والحاكم ينفذه، وهو أظهر من شبه الرواية»[(١)].

وبناء عليه فإن من اشترط التعدّد رأى أن التقويم: شهادة محضة[(٢)].

ومن قال إنه يكتفي بقول الواحد العدل فيه لم يلحق التقويم بالشهادة فاعتبر قوله، لأنه ينفذ ما يجتهد فيه أشبه القائف والحاكم[(٣)]. والله أعلم.

٣ ـ اختلاف المقومين:

إذا اختلف المقومون في تحديد القيمة، فقوَّمه بعضهم بألفٍ مثلًا، وقومه بعضهم الآخر بأقل من ذلك فبم يؤخذ؟

والإجابة على ذلك هي:

أنه لا يخلو إما أن يتعلق بالتقويم حدٌّ أو لا:

فإن تعلق بالتقويم حد كالسرقة فلا قطع؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، فلو شهد شاهدان بسرقة، فقوم أحدهما المسروق نصابًا، والآخر دونه، فلا قطع للشبهة[(٤)].

---

(١) الفروق، ج١، ص٩ ـ ١٠.

(٢) مغني المحتاج، المبدع، ج١٠، ص١٣٤، كشاف القناع، ج٦، ص٣٨٠، نزع ملكية العقار، ص٥٠١.

(٣) الهداية، ج٨، ص٦، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٧٣، كشاف القناع، ج٦، ص٣٨٠، بدائع الفوائد، ج١، ص٦.

(٤) فتح القدير، ج٦، ص٦٢، مجمع الأنهر، ج١، ص٦١٥، منح الجليل، ج٩،=

وإن لم يتعلق بالتقويم حدٌّ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: أنه يؤخذ بالأكثر، وبه قال الحنفية[١]، وأبو العباس من الشافعية[٢]، وقال القاضي من الحنابلة ويتوجه لنا مثل ذلك[٣].

وقد استدل لهذا القول:

بأن الأصل أنَّ البينة المظهرة للزيادة أولى، لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوه عن المعارض[٤].

ولأنه قد شهد بالزيادة شاهدان، وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار[٥].

وقد أجيب عن ذلك:

بأن من شهد أن قيمته أقل تنفي أن قيمته أكثر فقد تعارضت البينتان في الزائد[٦].

وتخالف الشهادة: الأخبار، فإن من روى الناقص لا ينفي الزيادة[٧].

القول الثاني: أنه يؤخذ بالأقل، وبه قال الشافعية[٨]، والحنابلة[٩].

=ص٢٩٩، الفروق، ج١، ص٩، المهذب، ج٢، ص٣٤٠، الإقناع، ج٤، ص٢٨٤، كشاف القناع، ج٦، ص١٤٨.

(١) بدائع الصنائع، ج٦، ص٢٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٣٦٦.

(٢) المهذب، ج٢، ص٣١٥.

(٣) الشرح الكبير، ج٦، ص٣٣٨، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٧.

(٤) بدائع الصنائع، ج٦، ص٢٤١.

(٥) الشرح الكبير، ج٦، ص٣٣٨.

(٦) المهذب، ج٢، ص٣٤٠، الشرح الكبير، ج٦، ص٣٣٨، ٣٣٩.

(٧) الشرح الكبير، ج٦، ص٣٣٨، المبدع، ج١٠، ص١٧٥، حاشية المقنع، ج٤، ص٣٠٧.

(٨) المهذب، ج٢، ص٣٤٠، التنبيه، ص٢٧٣.

(٩) المقنع، ج٤، ص٣٠٧، المحرر، ج٢، ص٢٣٩، المبدع، ج١٠، ص١٧٥، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٧، الإقناع، ج٤، ص٤٢٧، كشاف القناع، ج٦، ص٣٩٩.

وقد استدل لهذا القول:

بأن الأقل متيقن، والزائد مشكوك فيه.

ولأن البينة التي شهدت بالأقل ربما اطلعت على ما يوجب النقص، فتكون شهادة بزيادة خفية على بينة الأكثر[(١)].

القول الثالث: أن البينتين تسقطان لتعارضهما في الزائد، وهو قول عند الحنابلة[(٢)].

الترجيح:

لعلَّ الراجح هو القول الثاني، لقوة ما علّل به له.

ولأن ما علل به للقول الأول قد أجيب عنه. والله تعالى أعلم.

والخلاف السابق إذا كان بكل قيمة مقومان، أما إذا قال بكل قيمة شخص واحد فقد اختلف في الحكم على أقوال:

---

(١) المبدع، ج١٠، ص١٧٥.

(٢) المحرّر، ج٢، ص٢٣٩، المبدع، ج١٠، ص١٧٥، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٧، الفروع، ج٦، ص٥٤٣.

ومما ينبغي التنبّه عليه: أنني لم أجد للمالكية نصًا صريحًا في هذه المسألة، وقد يرجع ذلك إلى أن المعتمد عند المالكية أن التقويم إذا لم يتعلق به حد فيكفي فيه مقوم واحد كما سبق نقل ذلك عن القرافي.

وأما إذا تعلّق به حد فلا بد من اثنين، ولهذا قد نصّوا في السرقة على حكم اختلاف المقومين: قال في منح الجليل، ج٩، ص٣٣ «وفي الجلاب وغيره المعتبر قيمتها يوم السرقة لا يوم الحد، وفيها يقوم السرقة أهل العدل والبصر، قيل: فإن اختلف المقومون، قال: إن اجتمع عدلان بصيران أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع، ولا يقطع بقيمة رجل واحد، ومثله في سماع عيسى بن رشد معناه في الاختيار لا أنه لا يجوز إلا ذلك، لأن كل ما يبتدئ فيه القاضي بالسؤال فالواحد يجزئ فيه، لأنه خبر لا شهادة، وفي مختصر الوقار للإمام مالك ﷺ إنْ قوم بثلاثة وقوم بدونها فلا يقطع فيه. اللخمي: وهو أبين ولم يحكه ابن رشد..

القول الأول: أنه يثبت الأقل، لأنه اتفق عليه المقومان، وبه قال الشافعية[١]، والحنابلة على الراجح في مذهبهم[٢]، وبه قال أبو يوسف، ومحمد من الحنفية[٣].

وقد صرح الشافعية والحنابلة في هذا الموضع أنَّ له أنْ يحلف على الأكثر ويحكم له؛ لأنه انفرد به واحد فقضى به مع اليمين[٤].

القول الثاني: أنه لا يثبت شيء، لتعارضهما، وبه قال: أبو حنيفة[٥]، والحنابلة على قول في مذهبهم[٦].

ولعل الراجح: هو القول الأول، لقوة ما علّل به له.

وهذا الحكم إذا كانت العين تالفة، كما إذا هدم العقار المنزوع.

وأما إذا اختلف المقومون في قيمة عين قائمة، قدمت بينة ما يصدقها الحس، فإن احتمل ما شهدت به أخذ بينة الأكثر.

---

(١) المهذب، ج٢، ص٣٤٠، التنبيه، ص٢٧٣.
(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ص٥٥٤، المحرّر، ج٢، ص٢٣٩، الفروع، ج٦، ص٥٤٣، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٧، المبدع، ج١٠، ص١٧٥، الإقناع، ج٤، ص٤٢٧، الشرح الكبير، ج٦، ص٣٣٨.
(٣) الهداية، ج٦، ص٥٥، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٣٧٦، فتح القدير، ج٦، ص٥٥، مجمع الأنهر، ج٢، ص٢٠٦، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٥٠٤.
(٤) المهذب، ج٢، ص٣٤٠، التنبيه، ص٢٧٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ص٥٥٤، الفروع، ج٦، ص٥٤٣، الإقناع، ج٤، ص٤٢٧، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٨، كشاف القناع، ج٦، ص٣٩٩.
(٥) الهداية، ج٦، ص٥٥، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٣٧٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٢٠٦، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٥٠٣.
(٦) المحرّر، ج٢، ص٢٣٩، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٨.

قال: ابن نصر الله من الحنابلة: لو اختلفت بينتان في قيمة عين قائمة ليتيم يريد الوصي بيعها، أخذ بينة الأكثر فيما يظهر(١).

٤ ـ الزمن الذي يعتبر فيه التقويم:

المعتبر في تحديد القيمة هو وقت التقويم، فلا يعتبر في التقويم قيمة الشيء في الزمن السابق، أو اللاحق(٢).

(١) المبدع، ج١٠، ص١٧٦، الإنصاف، ج١١، ص٤٠٨، الإقناع، ج٢، ص٤٢٧، كشاف القناع، ج٦، ص٣٩٩، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٣٤.
وفي بعض كتب الحنفية ما يوافق ذلك: قال في «مجمع الأنهر» في: كتاب الإعتاق، ج١، ص٥١٦ ما نصه: «... ولو اختلفا في القيمة يوم العتق، فإن كان قائمًا يقوم للحال، وإن كان هالكًا فالقول للمعتق، لأنه منكر» اهـ وإن كان هذا في غير العقار إلا أنه يدل على أن الحنفية يفرقون بين العين القائمة والهالكة.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٣٦٢، فتاوى السبكي، ج٢، ص٥٣٧، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص٣٥٥، نزع ملكية العقار، ص٥٠٣.
وقد نص الفقهاء على ذكر زمن التقويم في بعض المسائل.
فمن ذلك: مقدار النصاب في السرقة، قالوا المعتبر فيه: وقت إخراجه من الحرز لا قبله ولا بعده: وبه قال الأئمة الثلاثة، ورواية عن أبي حنيفة.
والرواية الثانية عنه: أنه يعتبر وقت السرقة والقطع جميعًا. (بدائع الصنائع، ح٧، ص٧٨، فتح القدير، ج٤، ص٢٥٧، الشرح الصغير، ج٣، ص٤٧٣، منح الجليل، ج٩، ٢٩٩، مغني المحتاج، ج٤، ص١٥٨، التنبيه، ص٢٤٥، المقنع، ج٤، ص١٢٥، شرح منتهى الإرادات، ح٣، ص٣٦٥.
ومن ذلك:
المغصوب القيمي إذا هلك تعتبر قيمته يوم غصبه: عند الحنفية والمالكية ورواية عن الإمام أحمد.
وقيل: يضمن بأقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف، وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.
وقيل: يضمن بقيمته يوم تلفه، وهو المشهور من مذهب الإمام أحمد. (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٧٣، الشرح الصغير، ج٣، ص١٣، ٢١، التنبيه، ص١١٤، الوجيز، ج١، ص٢٠٩، المقنع، ج٢، ص٢٤٨، الإنصاف، ج٦، ص١٩٤ ـ ١٩٥. =

وعلى هذا فلو أراد ولي الأمر استملاك عقار لمنفعة عامة فإنه تعتبر قيمته وقت التقويم، سواء كانت هذه القيمة مساوية لقيمته قبل أو بعد ذلك أو لم تكن مساوية، وسواء كانت مساوية لثمنه الحقيقي عند إنشائه أو غير مساوية، فلو كانت تكلفة إنشاء عمارة من العمائر خمسة ملايين ريال مثلًا حين أنشئت عام ١٤٠٤هـ، وكانت قيمتها في عام ١٤٠٥هـ تساوي ستة ملايين ريال مثلًا، وفي عام ١٤٠٦هـ اقتضت المصلحة العامة استملاكها لتوسيع طريق أو مسجد أو نحو ذلك وكانت قيمتها حينئذٍ أربعة ملايين ريال فإنه يدفع لصاحبها الأربعة ملايين فقط، لأن المعتبر قيمتها وقت التقويم.

٥ ـ إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة عن زمن التقويم:

إذا حصل التقويم وتأخر تسليم القيمة مدة حدث فيها تغير في الأسعار زيادة أو نقصانًا، فهل يعمل بالتقويم السابق أو يبطل ويعاد تقويمها من جديد؟

قبل ذكر حكم هذه المسألة يحسن إيراد ما يلي:

١ ـ أن الأصل في انتزاع الأموال قهرًا إنما شرع لرفع الضرر.

= ومن ذلك:
من أعتق شركًا له في عبد وهو موسر بقيمة باقية عتق كله وعليه قيمة باقية يوم العتق لشريكه عند الجمهور.
وقيل: يوم الحكم لا يوم العتق على المشهور عند المالكية. الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٣٦٣، مجمع الأنهر، ج١، ص٥١٦، مختصر خليل مع منح الجليل، ج٩، ص٤٠٠، التنبيه، ص١٤٤، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٩٦، المقنع، ج٢، ص٤٨١، المغني، ج٩، ص٣٢٩.

٢ ـ أن الضرر لا يُزال بضرر مثله.

٣ ـ أن الأصل في التمليكات المشروعة لإزالة الضرر كالأخذ بالشفعة وتقويم الشقص من العبد المشترك أن تدفع القيمة حالًا.

٤ ـ الملك في العقود القهرية هل يتوقف على دفع الثمن، أو يقع بدونه مضمونًا في الذمة؟

وعلى ضوء ما سبق أقول:

اختلف الفقهاء في التمليكات المشروعة لإزالة الضرر كالأخذ بالشفعة وكتقويم الشقص من العبد المشترك، ومثله نزع ملكية العقار للمنفعة العامة هل يتوقف الملك على دفع الثمن إلى صاحبه أو يقع الملك وتثبت القيمة في الذمة على القولين(١):

القول الأول: أن الملك لا يقع إلا بدفع القيمة، وهو مقتضى قول أبي حنيفة(٢)، وأحد قولي المالكية(٣)، وبه قال الشافعي في قول له(٤).

---

(١) يلاحظ أن نصوص بعض الفقهاء في هذه المسألة ليست صريحة فيما اطلعت عليه لكن تفهم أقوالهم مما ذكروه في الشفعة والعتق، وأما ابن رجب الحنبلي فعبارته صريحة في القواعد الفقهية، ص٧٣، ونقل ذلك عنه الدكتور عبد العزيز بن محمد العبد المنعم في رسالته: نزع ملكية العقار، ص٥٠٦.

(٢) الهداية، ج٣، ص٣٨٠، مجمع الأنهر، ج١، ص٥١٦، ج٢، ص٤٧٦، الفتاوى الهندية، ج٢، ص٩ وفيها: ومعتق البعض كالمكاتب في توقف عتق كله على أداء البدل. ثم قال: ويجب إزالة الملك عن الباقي بالاستسعاء أو الإعتاق، وإذا زال كل ملكه يعتق حينئذٍ.

(٣) بداية المجتهد، ج٢، ص٣٦٨، منح الجليل، ج٧، ص٢٢١، ج٩، ص٤٠٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص٤٠٩.

(٤) المهذب، ج٢، ص٤، التنبيه، ص١٤٤، الوجيز، ج٢، ص٢٧٥، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٩٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٣٦٠.

وهو وجه في مذهب الحنابلة[١]، اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية[٢].

القول الثاني: أن الملك يقع وتثبت القيمة في الذمة، وهو أحد قولي المالكية[٣]، وبه قال الشافعي في أحد أقواله[٤]، والحنابلة في وجه[٥].

وقد رجح القول الأول لأن التسليط على انتزاع الأموال قهرًا إن لم يقترن به دفع العوض، وإلا حصل به ضرورة فساد، وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر»[٦].

ولهذا نص الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ في الشفعة: أنه إذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفعته.

ونص في فسخ البائع: أنه لا ينفذ بدون ردِّ الثمن[٧].

---

(١) القواعد الفقهية، ص٧٣، المبدع، ج٦، ص٣٠١، المحرر، ج١، ص٣٦٦، الإنصاف، ج٦، ص٣٠١، كشاف القناع، ج٤، ص١٦٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٦، حاشية المقنع، ج٢، ص٤٨١.

(٢) القواعد الفقهية، ص٧٣، المبدع، ج٦، ص٣٠١، حاشية المقنع، ج٢، ص٤٨٢.

(٣) منح الجليل، ج٩، ص٤٠٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص٤٠٩، الشرح الصغير، ج٣، ص٥١٠، بلغة السالك، ج٣، ص٥١٠.

(٤) المهذب، ج٢، ص٤، التنبيه، ص١٤٤، الوجيز، ج٢، ص٢٧٥، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٩٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٣٦٠.
وللشافعي قولٌ ثالثٌ في العتق هو: أنه موقوف، فإن دفع القيمة حكمنا بأنه عتق في الحال، وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق.
قلت: وقد تقاس بقية الصور على العتق عند الشافعية. والله أعلم.

(٥) القواعد الفقهية، ص٧٣، المبدع، ج٦، ص٣٠١، حاشية المقنع، ج٢، ص٤٨١.
ويلاحظ أن الحنابلة رحمهم الله قد نصّوا على أن من أعتق شركًا له في عبد وهو موسر بقيمة باقية عتق كله بنفس العتق وعليه قيمة باقية لشريكه كما هو ريح في المقنع، ج٢، ص٤٨١، والمغني، ج٩، ص٣٣٧، وإنما الوجهان حكاهما ابن رجب في القواعد الفقهية، ص٧٣ في بقية الصور.

(٦) القواعد الفقهية، ص ٧٣، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٥٠٦.

(٧) ينظر: المصدران السابقان.

وبناء على ذلك رجَّح الدكتور عبد العزيز بن محمد العبد المنعم أنه: «إذا حصل التقويم لأرباب الأملاك، ولم تدفع لهم القيمة حتى مضى زمن تغيرت فيه القيمة بزيادة أو نقصان، فينبغي إعادة التقويم دفعًا للظلم عن أصحاب الأملاك في حال الزيادة، وعن بيت المال أو غيره في حالة النقصان»[(١)].

وحتى يتضح القول في إعادة التقويم أو عدم إعادته أقول:

إنَّ الفقهاء قد اختلفوا في وقت اعتبار قيمة العبد ـ وهو أصل في التقويم[(٢)]؛ لأنه الذي ورد فيه النص إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو موسر بقيمة باقية متى تعتبر هل تعتبر يوم الإعتاق أو يوم الحكم بالعتق عند من يقول به أو أكثر القيمتين على أقوال:

أحدها: أن المعتبر قيمته يوم العتق، وبه قال الحنفية[(٣)] والحنابلة[(٤)]، وهو المشهور عند الشافعية[(٥)]، وقول عند المالكية[(٦)].

---

(١) نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص٥٠٧.

(٢) قال ابن القيم في الطرق الحكمية، ص٢٥٩، بعد إيراد حديث من أعتق شركًا له في عبد: وصار أصلًا في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرًا بثمنه للمصلحة الراجحة. وقال ابن حجر: وفي هذا الحديث دليل على أن الموسر إذا أعتق نصيبه من مملوك عتق كله.. واستدل على أن من أتلف شيئًا من الحيوان فعليه قيمته لا مثله، ويلتحق بذلك ما لا يكال ولا يوزن عند الجمهور» فتح الباري، ج٥، ص١٥٥.

(٣) بدائع الصنائع، ج٤، ص٩٢، مجمع الأنهر، ج١، ص٥١٦، الدر المنتقى مع مجمع الأنهر، الجزء والصفحة ذاتهما، الفتاوى الهندية، ج٢، ص١٠.

(٤) المقنع، ج٢، ص٤٨١، المغني، ج٩، ص٣٣٩، المحرر، ج٢، ص٥.

(٥) المهذب، ج٢، ص٤، التنبيه، ص١٤٤، المنهاج مع مغني المحتاج، ج٤، ص٤٩٦. الوجيز، ج٢، ص٢٧٥، مغني المحتاج، ج٤، ص٤٩٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٣٥٩.

(٦) منح الجليل، ج٩، ص٤٠٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص٤٠٩، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٩٦٤.

«لأنه وقت الإتلاف أو وقت سببه كالجناية على العبد إذا سرت لنفسه تعتبر وقت الجناية»[١].

الثاني: أن المعتبر قيمته يوم الحكم، وبه قال المالكية في المشهور[٢]، وهو أحد أقوال الشافعية[٣].

الثالث: أن المعتبر أقصى قيمته من يوم الإعتاق إلى يوم الأداء وهو القول الثالث في مذهب الشافعية[٤].

وبعد عرض ما سبق أرى أنه ينبغي التفصيل في إعادة التقويم أو عدم إعادته إذا تأخر تسليم القيمة، وذلك على النحو التالي:

أنه لا يخلو: إما أن تكون العين موجودة بنفس حالتها، أو تكون موجودة غير أنه أحدث فيها تغيير، أو تكون قد حولت من حالتها عند التقويم إلى حالة أخرى، وفي هذه الحالات كلها لا يخلو: إما أن يكون تغير الأسعار بالزيادة أو بالنقص.

١ ـ فإن كان تغير الأسعار بالزيادة والعين لا زالت موجودة بنفس حالتها عند التقويم الأول، فينبغي أن يعاد التقويم وتدفع له القيمة الجديدة، وذلك للاعتبارات الآتية:

أ) أن القيمة الجديدة يشهد لها الحال فينبغي العمل بها كما لو اختلف

---

(١) مغني المحتاج، ج٤، ص٤٩٦.
(٢) بداية المجتهد، ج٢، ص٣٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٩٦٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص٤٠٩، الشرح الصغير، ج٣، ص٥١٠، منح الجليل، ج٩، ص٤٠٠.
(٣) الوجيز، ج٢، ص٢٧٥.
(٤) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه فإنه يحكم الحال، لأنه شاهد صادق كذا ههنا[١].

ب) أنه ينبغي الأخذ بالقيمة الجديدة قياسًا على ما إذا اختلف المقوِّمون في قيمة عين قائمة فإنها تقدم بينة ما يصدقها الحس، فإن احتمل ما شهدت به أخذ بينة الأكثر كما سبق نقله عن ابن نصر الله من الحنابلة.

ج) أن هذا يتفق مع قول من يرى أن الملك في العقود القهرية يتوقف على دفع القيمة، وهو يتفق أيضًا مع قول الشافعية القائل بأنه يعتبر أقصى القيمتين ثم إن في العمل بهذا معاوضة للمالك مقابل تأخير تسليم قيمة ملكه، وليس فيه مضرة على بيت المال.

٢ ـ وإن كان تغير الأسعار بالنقص والعين قد أحدث فيها تغيير كعمارة هدم بعضها، ولا زال بعضها قائمًا، أو كانت العين قد حُوّلت إلى حالة أخرى كعمارة هدمت كلها فينبغي أن يدفع له ما قوِّمت به العين قبل هبوط الأسعار، وذلك للأمور التالية:

أ) أن الأصل أنْ تعتبر قيمة الشيء وقت تقويمه، فلا يعتبر تقويمه في زمن سابق، ولا ما يطرأ عليه في الزمن اللاحق كما سبق بيانه.

ب) ولأنه وقت سبب وجوب القيمة قياسًا على الجناية على العبد إذا سرت لنفسه تعتبر وقت الجناية، وهذا يوافق قول الجمهور في الزمن المعتبر في التقويم.

ج) ولأن تأخير القيمة قد حدث بسبب ليس للمالك فيه مدخل وقد حرم من الاستفادة من قيمة ملكه مدة من الزمن كان بإمكانه الاستفادة من قيمة ملكه لو دفعت له في وقت التقويم الأول.

---

(١) انظر: بدائع الضائع، ج٤، ص٩٢.

د) أنَّ في القول في إعادة التقويم في هذه الحالة وإجبار المالك على قبول القيمة الجديدة مضرة على أصحاب الأملاك؛ إذ فيه جمع بين القيمة ونقصانها.

هـ) أن القول بإعادة التقويم قد يؤدي إلى التحايل على أصحاب الأملاك فينزع الملك من صاحبه ويأخر تسليم القيمة إلى زمن تنخفض فيه الأسعار.

٣ ـ وإن كان تغير الأسعار بالنقص والعين لا زالت موجودة بنفس حالتها فالخيار لهما، ـ لصاحب الملك ولمن نزعه منه ـ فإن قبل صاحب الملك القيمة الجديدة فذاك، وإلا فله المطالبة بالقيمة الأولى فإن دفعت له فذاك وإلا أعيدت إليه العين مع أجرتها تلك المدة.

وفي القول بالخيار في هذه الحالة مراعاة لمصلحة الجانبين.

٤ ـ وإن حدث تغير في الأسعار زيادة أو نقصانًا قبل دفع القيمة، ثم استغنت الجهة عن العين كعمارة أريد هدمها لتوسعة شارع أو إنشاء مسجد، وأمر صاحبها بإخلائها ولم تدفع له القيمة، ثم رؤي تعديل مسار الشارع أو موضع المسجد فللمالك الخيار في المطالبة بالقيمة قبل تغير الأسعار، وعلى الجهة التي منعته من التصرف في ملكه دفع تلك القيمة وليس لها الخيار، لأن هذا التعديل حدث بسبب ليس للمالك فيه مدخل، وقد منع من التصرف في ملكه مدة من الزمن لحساب هذه الجهة، وله أن يقبل إعادة ملكه إليه مع أجرة تلك المدة. والله أعلم...

* * *



الشرط الثاني

أن يكون العاقد جائز التصرف

يشترط أن يكون العاقد في بيع العقار وغيره جائز التصرف.

والمراد بجائز التصرف: أن يكون حرًّا بالغًا عاقلًا رشيدًا[1].

لأن البيع يشترط له الرضى فاشترط في عاقده جواز التصرف كالإقرار[2].

ويستثنى من ذلك الصبيُّ المميز، والسفيه إذا أذن لهما وليهما، لقوله

---

(1) المهذب، ج١، ص٢٦٤، التنبيه، ص٨٧، الوجيز، ج١، ص١٣٣، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٤١، المجموع، ج٩، ص١٤٩، فتاوى الإمام النووي، ص٧٧، مغني المحتاج، ج٢، ص٧، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٧٣، المقنع، ج٢، ص٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٠٧، المبدع، ج٤، ص٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٦٧، التنقيح، ص١٢٢، كشف المخدرات، ص٢١١، كشاف القناع، ج٣، ص١٥١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤١، الروض المربع، ج٤، ص٣٣٣.

ويلاحظ أن الحنفية والمالكية يفرقون بين شرط الصحة وشرط اللزوم، فينعقد البيع من المميز موقوفًا على إجازة وليه عند الحنفية، وينعقد منه عند المالكية ولا يكون لازمًا إلا بالبلوغ. انظر في ذلك: تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٣، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٣٥، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢، مختصر خليل مع منح الجليل، ج٤، ص٤٣٧ ـ ٤٤١، الشرح الصغير، ج٢، ص٣٤٥ ـ ٣٤٦.

(2) الشرح الكبير، ج٢، ص٣٠٧، المبدع، ج٤، ص٨، كشاف القناع، ج٣، ص١٥١.

تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾[(١)]، أي: اختبروهم، وإنما يتحقق بتفويض البيع والشراء إليه، فصحَّ تصرفه بإذن وليه، وإن كان محجورًا عليه، والسفيه مثله.

ولا يصح تصرفهما بغير إذن الولي إلا في الشيء اليسير، لأن الحكمة في الحَجر عليهما خوف ضياع مالهما بتصرفهما، وذلك لا أثر له في اليسير[(٢)].

* * *

(١) سورة النساء آية: ٦.

(٢) الشرح الكبير، ج٢، ص٣٠٧، المبدع، ج٤، ص٨، كشاف القناع، ج٣، ص١٥١.



الشرط الثالث

أن يكون المبيع مالًا

يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع مالًا، وعلى هذا يصحُّ بيع العقار بالاتفاق؛ لأنه مال، ولكنَّ العلماء اختلفوا في بعض المسائل المتفرعة عن العقار، وهي المسماة: بحقوق الارتفاق.

والارتفاق: منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول.

وقد عدَّد العلماء حقوق الارتفاق فذكروا:

حق الشرب، والمجرى، والمسيل، والمرور[(١)].

كما أن الفقهاء يرون أن هذه الحقوق يصح بيعُها تبعًا للأموال التي تتعلق بها، كبيع الدار أو الأرض مع ما يتعلق بها من حقوق، مثل حق المرور، وحق المسيل، وحق الشرب.

وثبوت حقٍّ من حقوق الارتفاق ضمن عقد البيع قد يكون باشتراطه من جانب المشتري.

وقد يكون باشتراطه من جانب البائع.

---

(١) مرشد الحيران، المادة: ٣٧، المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج٣، ص٣٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص١٨٧، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص٢٣٢، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي ص٣٥٢، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص٤٣.

فإذا اشترى شخص أرضًا على أن يكون لها حقُّ شرب من ماء أرض أخرى مملوكة للبائع أو حق مرور فيها ونحوهما من حقوق الارتفاق كان بيعًا لحق الارتفاق تبعًا لغيره التزم به البائع ورتبه على أرضه للأرض التي باعها.

وإذا باع شخص أرضًا على أن يكون عليها حق ارتفاق لأرض أخرى، كاشتراطه أن تشرب من ماء هذه الأرض المبيعة أو يكون له حق المرور فيها إلى أرضه صحَّ ذلك[(١)].

وأما بيع حقوق الارتفاق منفردة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في مالية هذه الحقوق، نتيجة اختلافهم في تصوير حقيقة المال.

فقال الحنفية: إنَّ هذه الحقوق ليست بمال؛ لأنها أمور لا يمكن حيازتها.

وقال جمهور الفقهاء: إن هذه الحقوق تعتبر من قبيل الأموال؛ لأن هذه الحقوق من قبيل المنافع، والمنافع أموال[(٢)].

ولهذا تحدثتُ عن حقوق الارتفاق تحت هذا الشرط.

وتفصيل حكم بيعها فيما يأتي:

---

(١) الهداية، ج٥، ص٢٠٤، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٩، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٧٨ ـ ٨٠، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٣، ج٥، ص٣٩٣، الفواكه الدواني، ج٢، ص٣٢٠، البهجة شرح التحفة، ج٢، ص٢٦٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٦٧، روضة الطالبين، ج٥، ص٣١٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٧٥، المغني، ج٥، ص٥٤٨، الإنصاف، ج٥، ص٢٥٠، المبدع، ج٤، ص٢٩١، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص١٨٧، حق الارتفاق، ص٩٧، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص٤٦، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص٩٩.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج١، ص١٨٧ ـ ١٨٩، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، ص٩٨.

١ ـ حقُّ الشربِ:

الشِربُ بكسر الشين لغةً: الحظ والنصيب من الماء[١].

وفي الاصطلاح: النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر[٢].

وحكم بيعه منفردًا، اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: لا يصح بيعه منفردًا، وبهذا قال جمهور الحنفية[٣]، وهو وجه عند الشافعية[٤]، والراجح من مذهب الحنابلة[٥].

القول الثاني: يصح بيعُ حقِّ الشرب منفردًا، وبهذا قال بعض الحنفية[٦]، وهو مذهب المالكية[٧]، وأحد الوجهين عند الشافعية[٨]، وقول في مذهب الحنابلة[٩].

---

(١) القاموس المحيط، باب الباء، فصل الشين، ج١، ص٨٦، مختار الصحاح، باب الشين، مادة شرب، ص٣٣٣.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص٦٩، المعاملات لأحمد أبو الفتوح، ص٤٣، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهره، ص٧٩، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢٣٣، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص٣٥٦.

(٣) الهداية، ج٨، ص١٥٠، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٢١، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٩، فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٢١٣.

(٤) روضة الطالبين، ج٥، ص٣١٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٧٦، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٥٤.

(٥) كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٥ ـ ٤٥٦، المغني، ج٤، ص٩٠، الإنصاف، ج٦، ص٣٦٦.

(٦) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٢١٣، العقود الدرية، ج٢، ص٢١٦.

(٧) المدونة، ج٦، ص١٩٢، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٦٧، منح الجليل، ج٨، ص٩٤.

(٨) المهذب، ج٢، ص٤٣٥، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٨٤، روضة الطالبين، ج٥، ص٣١٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٧٦، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٥٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٦٤١.

(٩) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢١٩، ٢٢٢، كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٤، المبدع، ج٥، ص٢٥٤، الإنصاف، ج٦، ص٣٦٦.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل للقول الأول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه جابر ﷺ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء». أخرجه مسلم[(١)].

وجه الاستدلال بالحديث:

أن رسول الله ﷺ قد نهى في هذا الحديث عن بيع فضل الماء، وهذا يشمل بيع حق الشرب؛ لأن الشرب المبيع يعتبر ماءً زائدًا عن حاجة البائع فيشمله النهي[(٢)]، وقد أشار إلى ذلك الإمام أحمد رحمه الله فقد روى عنه الأثرم: سمعت أبا عبدالله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص، فجاء يومي ولا أحتاج إليه، أكريه بدراهم؟ قال: ما أدري أما النبي ﷺ فنهى عن بيع فضل الماء، قيل له: إنه ليس يبيعه إنما يكريه، قال: إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأي شيء هذا إلا البيع[(٣)].

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال بأن النهي عن بيع فضل الماء في هذه الرواية محمولٌ على الرواية الثانية التي فيها: (ليمنع به الكلأ)[(٤)]؛ فإنه قد صح من

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص٢٢٨، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب النهي عن بيع الماء، ج٢، ص٨٢٨، حديث رقم: ٢٤٧٧.

(٢) حق الارتفاق، ص١٠٢.

(٣) المغني، ج٤، ص٩٠.

(٤) الكلأ: النبات سواء كان رطبًا أو يابسًا. «شرح النووي، ج١٠، ص٢٢٩».

حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ». متفق عليه[١].

وفي لفظ: «لا يباع فضل الماء ليباع به الكلأ». أخرجه مسلم[٢].

ويحتمل أن النهي عن بيع فضل الماء للتنزيه.

قال النووي رحمه الله:

قوله: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء).

وفي رواية: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ).

وفي رواية: (لا يباع فضل الماء ليباع به الكلأ).

أما النهي عن بيع فضل الماء ليمنع بها الكلأ، فمعناه:

أن تكون لإنسان بئر مملوكة له بالفلاة، وفيها ماء فاضل عن حاجته، ويكون هناك كلأ ليس عنده ماء إلا هذه، فلا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا حصل لهم السقي من هذه البئر، فيحرم عليه منع فضل هذا الماء للماشية، ويجب بذله لها بلا عوض؛ لأنه إذا منع بذله امتنع الناس من رعي ذلك الكلأ خوفًا على مواشيهم من العطش، ويكون بمنعه الماء مانعًا من رعى الكلأ.

وأما الرواية الأولى: «نهى عن بيع فضل الماء، فهي محمولة على هذه

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري: كتاب الحرث والمزارعة، باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى. حديث ٢٣٥٤، ج٥، ص٣١.
صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساقاة والمزارعة باب: تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه، ج١٠، ص٢٣٠.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساقاة والمزارعة باب تحريم فضل الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه، ج١٠، ص ٢٣٠.

الثانية التي فيها: (ليمنع به الكلأ)، ويحتمل أنه في غيره ويكون نهي تنزيه»[(١)].

الدليل الثاني: ما روي عن رجل من الصحابة قال: غزوت مع النبي ﷺ، فسمعته يقول: «المسلمون شركاء في ثلاث: الكلأ، والماء، والنار». رواه أحمد وأبو داود[(٢)].

ورواه ابن ماجه بلفظ آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ثلاث لا يمنعن: الماء، والكلأ، والنار»[(٣)].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ قد بين في هذا الحديث اشتراك المسلمين في الماء،

---

(١) شرح النووي، ج١٠، ص٢٢٨ ـ ٢٢٩.

(٢) الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، كتاب إحياء الموات، باب المسلمون شركاء في ثلاث، ج١٥، ص١٣٢.
سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في منع الماء، ج٣، ص٧٥٠ ـ ٧٥١.
قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام، ج٣، ص٨٤: رجاله ثقات.
وقال صاحب بلوغ الأماني: حسنه الحافظ السيوطي، وجهالة الصحابى لا تضر. بلوغ الأماني، ج١٥، ص١٣٢.

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، حدثنا محمد بن عبدالله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي زياد عن الأعرج عن أبي هريرة فذكر الحديث. كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث رقم الحديث ٢٤٧٣، ج٢، ص٨٢٦.
قال البويصري في الزوائد: هذا إسناد صحيح، رجاله موثقون؛ لأن محمد بن عبدالله بن يزيد، أبا يحيى المكي، وثقه النسائي وابن أبي حاتم وغيرهما، وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. الزوائد مع سنن ابن ماجه، ج٢، ص٨٢٦.
وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري، ج٥، ص٣٢: إسناده صحيح.
وقال ابن الملقن في تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ج٢، ص٢٩٧: رواه ابن ماجه بإسناد صحيح، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج٦، ص٨ ـ ٩.

والشركة في الحديث شركة إباحة، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يبيع على شريكه شيئًا مما أبيح لهما[(١)].

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن الأحاديث ليست على عمومها، فمن الماء ما يجوز بيعه بلا خلاف بين أهل العلم، لأن العلماء قد قسموا المياه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مياه الأنهار الكبيرة، كدجلة والفرات والنيل فهذه المياه لكل إنسان أن ينتفع بها ويشرب هو وحيوانه ويسقى زرعه وغرسه، وذلك لأن هذه الأنهار غير مملوكة لأحد[(٢)].

القسم الثاني: مياه الترع والعيون والآبار التي أنشأها صاحب الأرض في أرضه فهذا يكون مكان الماء، أي رقبة المجرى أو الترعة أو البئر مملوكة لصاحب الأرض[(٣)].

أما الماء، فقد قال بعض الفقهاء: إنه يدخل في الملك؛ لأنه نماء الملك، وعلى هذا يصح بيعه.

---

(١) سبل السلام، ج٣، ص٨٥، حق الارتفاق، ص١٠٣، تكملة لسان الحكام، ص٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٨٠، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص٣٥٧، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢٣٣.

(٢) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٨، المغني، ج٥، ص٥٨٣، الشرح الكبير، ج٢، ص٣١٩، تكملة لسان الحكام، ص٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٨٠، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص٣٥٧.

(٣) المغني، ج٤، ص٩٠، ج٥، ص٥٨٥، الشرح الكبير، ج٢، ص٣١٩، تكملة لسان الحكام، ص٣٩، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٨٠ ـ ٨١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، لمحمد شلبي ص٣٥٨، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢٣٤.

وقال بعضهم: إن الماء غير مملوك؛ لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه[(١)].

القسم الثالث: المياه المحرزة في الأواني ونحو ذلك، وهذه المياه تدخل في ملك صاحبها؛ لأن الماء وإن كان مباحَ الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكًا ملكًا خاصًّا لمحرزه[(٢)].

قال ابن قدامه: «وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم»[(٣)].

الدليل الثالث: ما روي عن عبدالله بن عمرو: «أن قيِّمَ[(٤)] أرضِه بالوَهْط[(٥)] كتب يخبره أنه سقى أرضه، وفضل من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفًا، فكتب إليه عبدالله بن عمرو: أن لا تبعه، ولكن أقم قلدك[(٦)]، ثم اسق

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٦٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٨٣، المهذب، ج١، ص٤٣٤، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٦٤١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢١٨ ـ ٢١٩، كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٤، المقنع، ج١، ص١٠، المغني، ج٤، ص٩٠، المبدع، ج٤، ص٢٢ ـ ٢٣.

(٢) النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٧٣، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣١٧، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٨، المدونة، ج٦، ص١٩٠، مختصر خليل مع منح الجليل، ج٨، ص٩٣، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٦٧، منح الجليل، ج٨، ص٩٤، المهذب، ج١، ص٤٣٤، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٠٤، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٧٤، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٥١، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٦٣٩، المغني، ج٤، ص٩٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٣١٩، المحرر، ج١، ص٣٦٨، الفروع، ج٤، ص٤١، المبدع، ج٤، ص٢٣، حاشية المقنع، ج١، ص١٠.

(٣) المغني، ج٤، ص٩١.

(٤) يعني العامل الذي يقوم على شئونها.

(٥) الوهط: بفتح الواو وإسكان الهاء: كرم لعبدالله بن عمرو بن العاص بالطائف كان على ألف ألف خشبة. هامش كتاب الأموال، ص٢٧٧.

(٦) القلد: جمع الماء في الشيء، يقال: قلدت أقلد قلدًا، أي جمعت ماء إلى ماء، وأراد بقلده يوم سقيه ماله، أي إذا سقيت أرضك فأعط من يلك. (لسان العرب، مادة قلد، ج٣، ص٣٦٥). =

الأدنى فالأدنى، فإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع فضل الماء». رواه أبو عبيد(١).

وجه الاستدلال:

أن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما قد فهم من نهى النبي ﷺ عن بيع فضل الماء، النهي عن بيع الشرب، فمنع عامله من بيع الزائد من الماء عن حاجة أرضه(٢).

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

١ ـ أن النهي عن بيع فضل الماء إنما هو في من يمنع الماء ليمنع به الكلأ، كما سبق إيضاح ذلك عن الإمام النووي(٣).

ويوضحه أيضًا: ما جاء في المدونة(٤).

«أرأيت الحديث الذي جاء: (لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ).

قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا ولا أحسبه إلا في الصحارى والبراري، وأما في القرى وفي الأرضين التي قد عرفها أهلها واقتسموها وعرف كل إنسان حقه فلهذا أن يمنع كلأه عند مالك إذا احتاج إليه».

= كتاب الأموال: باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء رقم ٧٤٨، ص٢٧٦. ورواه يحيى بن آدم في الخراج، ص١٠٨، رقم ٣٨٠.
ورواه أبو يوسف في الخراج رقم ٢١١، ص٢٠٧، بأطول مما هنا.

(١) كتاب الأموال: باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء رقم ٧٤٨، ص٢٧٦.
ورواه يحيى بن آدم في الخراج، ص١٠٨، رقم ٣٨٠.
وراه أبو يوسف في الخراج رقم ٢١١، ص٢٠٧، بأطول مما هنا.

(٢) حق الارتفاق، ص١٠٤.

(٣) انظر مناقشة الدليل الأول لأصحاب القول الأول.

(٤) المدونة، ج٦، ص١٩٠.

ومما يؤيد ذلك أن الرواية قد جاءت مقيدة عند أبي يوسف ونصها:

«.. إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: مَنْ منع مِنْ فضل ماء ليمنع به فضل الكلأ، منعه الله فضله يوم القيامة»[(١)].

٢ ـ أن النهي عن بيع فضل الماء هو في من أراد بيعه على إنسان ليشربه هو أو حيوانه، وأما إن أراد أن يسقي به زرعه فله منعه.

قال أبو يوسف:

«وليس لصاحب العين والقناة والبئر والنهر أن يمنع الماء من ابن السبيل لما جاء في ذلك من الحديث والآثار.

وله أن يمنع سقي النخل والزرع والشجر والكروم، من قبل أن ذلك لم يجئ فيه، وهذا يضر بصاحبه. فأما الحيوان والمواشي والإبل والدواب فليس له أن يمنع من ذلك»[(٢)].

الدليل الرابع: أنه لا يصح بيع الشرب منفردًا لما فيه من الجهالة[(٣)].

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته بأنهم إن أرادوا أن الشرب مجهول مطلقًا، فهو ممنوع

---

(١) سبق تخريجه والإشارة إلى رواية أبي يوسف، ص١٤٧.
وروى الإمام أحمد في مسنده عن سليمان بن موسى أن عبدالله بن عمرو بن العاص كتب إلى عامل له على أرض له أن لا تمنع فضل مائك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله يوم القيامة فضله».
«الفتح الرباني، ج١٥، ص١٣٢، باب: المسلمون شركاء في ثلاث».
قال الشيخ أحمد شاكر: وهذا شاهد قوي للقصة، فإن سليمان بن موسى ثقة معروف بالرواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فلعله سمعه من عمرو. «هامش الخراج ليحيى بن آدم، ص١٠٨».

(٢) الخراج لأبي يوسف، ص٢٠٦.

(٣) العناية، ج٥، ص٢٠٤، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج٢، ص٢١٦، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٤٥.

لأنهم قد ذكروا في باب الشهادة أنه إذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة، لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض، والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلومًا، والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يومًا وهو معلوم، وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولًا فهو مسلم[1]، ولكن لا ينطبق على بيع الشرب؛ فإنه لا بد أن يكون الشرب معلومًا ثم إن وجد فيه جهالة يسيرة، فالجهالة اليسيرة محتملة لا تفضي إلى النزاع.

أدلة القول الثاني:

استدل للقول الثاني:

بأن الشرب ملك من الأملاك فلمن ملكه حق التصرف فيه بالبيع وغيره[2]، والدليل على أنه يملك ما يلي:

١ ـ أن الشرب يضمن بالغصب والإتلاف[3]، فدل ذلك على أنه يملكه[4]، فيصح أخذ العوض عنه بالبيع.

قال أبو يوسف:

«ألا ترى أن رجلًا لو صرف نهرَ رجلٍ إلى أرضه فاختصما، قضيت به لربِّ النهر، ومنعت الذي قهره من صرف مائه إلى أرضه، ماء نهر أو قناة أو عين أو بئر أو مصنعة»[5].

---

(١) نتائج الأفكار، ج٨، ص١٤٨.
(٢) نتائج الأفكار، ج٨، ص١٥١، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج٢، ص٢١٦، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب، ص١٩٣، ١٩٩.
(٣) الهداية، ج٤، ص٢٠٤، نتائج الأفكار، ج٨، ص١٥١.
(٤) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج٥، ص٢٠٤.
(٥) الخراج، ص٢٠٦.

٢ ـ ما ذكره ابن عابدين أن الرجل إذا «باع الشرب بعبد، وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه، ولو لم يكن الشرب محلًا للبيع لما جاز عتقه»[(١)].

٣ ـ أنه إذا كان لرجل ماء في نهر ولآخر أرض واتفقا على أن يسقى بمائه أرض غيره بجزء من الزرع جاز ذلك، فدل ذلك على أنه يملكه؛ إذ لا يصح أن يشارك فيما لا يملك[(٢)]، وإذا ملكه صح له بيعه.

قال القاضي أبو يعلى:

«.. ونقل يعقوب بن بختان عن أحمد «أنه سئل عن رجل له أرض ولآخر ماء، فقال صاحب الأرض لصاحب الماء: سُقْ ماءك إلى أرضي والزرع بيننا قال: لا بأس».

فقد أجاز الشركة في الماء.

وهذا يدل على أنه ملك له قبل استقائه وحيازته، وأنه يحدث على ملكه في قراره قبل حيازته كما إذا ملك معدنًا ملك ما فيه قبل أخذه، وعلى هذا يجوز بيعه قبل استقائه، ومن استقاه بغير إذنه استرجع منه، لأنه لما جاز الشركة فيه دلَّ على أنه قد ملكه؛ إذ لا يصح أن يشارك فيما لا يملك»[(٣)].

٤ ـ أنه لما حدث في ملكه وجب أن يكون ملكًا له كالثمر والنتاج.

ولأنه لما جاز له منع كل أحد منه ثبت أنه ملكه[(٤)]، وإذا ملكه جاز له بيعه.

---

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج٢، ص٢١٧، وقد نقل ذلك عن كتاب «الأصل» لمحمد بن الحسن الشيباني، وانظر أيضًا: حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٨٠.
(٢) كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٤، المغني، ج٤، ص٩٠.
(٣) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢١٩.
(٤) كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٥.

المناقشة:

نوقش بأن: الشرب: وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع، وإن وجد في أرضه فالماءُ ليس بملك له فلا يجوز بيعه[1].

وأما قولهم: إنَّ له منع كلٍّ أحد منه فجوابه: أن له منع كل أحد أن يتخطى في ملكه، فأما عن الماء فلا لأنه لا يملكه[2].

دفع هذه المناقشة:

أجاب سعدي جلبي عن هذه المناقشة فقال: «لا حاجة إلى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع[3]، والسلم فيجوز بيعه.

أما قوله: والماء ليس بملك.

قلنا: إذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه يملكه»[4].

الترجيح:

يترجح عندي القول الثاني القاضي بصحة بيع الشرب منفردًا، وذلك للأسباب الآتية:

١ ـ قوة الأدلة التي استدل بها على هذا القول؛ حيث أجيب عن المناقشة الموجهة إليها.

٢ ـ أن أدلة القول الأول قد أجيب عنها كما سبق.

---

(١) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج٥، ص٢٠٤.
(٢) كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٥.
(٣) الاستصناع: «هو: عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع». (تحفة الفقهاء، ج٢، ص٣٦٢).
(٤) حاشية سعدي جلبي بهامش العناية، ج٥، ص٢٠٤.

٣ ـ أنه قد جرى العرف ببيع الشرب في بعض البلدان[(١)].

ويظهر أنه عُرف قديم، كما يفهم ذلك من قصة عامل عبدالله بن عمرو بن العاص[(٢)].

٤ ـ ولأن الشرب يقابله قسط من الثمن بدليل أنه إذا باع أرضًا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب»[(٣)].

٥ ـ ولأن في القول بوجوب بذله من غير عوض مضرة على صاحب الشرب؛ إذ فيه احتمال إبطال حقه، لأن غيره سيكون متساويًا معه فيه، وقد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي هو به زرعه.

٦ ـ ولأنه إذا صالح رجلًا على أن يسقي أرضه من نهره يومًا أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم فقد جاز ذلك على ما ذكره ابن قدامة؛ «لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في قربته أو إنائه»[(٤)].

وقد قال المرداوي في «الإنصاف»[(٥)]:

«وهو الصواب، وعمل الناس عليه قديمًا وحديثًا».

---

(١) فتح القدير، ج٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج٢، ص٢١٧، الدر المختار، ج٥، ص٨٠.
(٢) سبق، ص١٤٧، إيراد ما كتبه عامل عبدالله بن عمرو بن العاص إلى عبدالله، وأنه فضل من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفًا، فلو لم يكن مالكًا للماء، وقد جرى العرف ببيعه لما طلب منه بالثمن ولما سوم فيه.
(٣) فتح القدير، ج٥، ص٢٠٤.
(٤) المغني، ج٤، ص٥٤٨ ـ ٥٤٩.
(٥) ج٥، ص٢٥٠.

٢ ـ حق المجرى:

معناه: حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر مالكه غير مالك الأول.

وهذا الحق تابع لحق الشرب، لأن الشرب، وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمرُّ به إلى الأرض المراد سقيها[(١)].

ولم أجد ـ فيما اطلعت عليه ـ نصًّا صريحًا للحنفية والمالكية[(٢)] في بيع حق المجرى في حين تحدث الشافعية والحنابلة عن بيعه، وقبل الحديث عن حكم بيعه عندهم ينبغي بيان حكم إجبار الرجل جاره في إجراء الماء في أرضه عند الحاجة، لأن حق المجرى متفرع عن هذه المسألة ونحو ذلك، فقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه ليس له إجباره، وهو المذهب عند الشافعية[(٣)]،

---

(١) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٨٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص٣٦٠، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢٣٥.

(٢) تحدث الحنفية والمالكية عن حق الشرب ولم أرَ لهم نصًّا صريحًا في حق المجرى ولعلهم اكتفوا بالحديث عن حق الشرب عن الحديث عن حق المجرى؛ لأن حق المجرى يتبع حق الشرب.
وقد أشار بعض الحنفية إلى حق المجرى في أثناء الحديث عن دعوى حق الشرب. قال في الهداية، ج٨، ص١٤٧ ـ ١٤٨: «وتصح دعوى الشرب بغير أرض... وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء مائة فعند الاختلاف يكون القول قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريًا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضي له لإثباته بالحجة ملكًا له أو حقًّا مستحقًّا فيه». وانظر: العناية، ونتائج الأفكار مع الهداية الجزء والصفحة ذاتهما، وانظر: مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٦٥.

(٣) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٣٢٧.

والصحيح من مذهب الحنابلة[١]، لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو لم تدع إليه ضرورة، ولأن مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة»[٢].

القول الثاني: له إجباره إذا احتاج إلى ذلك ولم يكن على صاحب الأرض ضررٌ، وهو القول القديم للشافعي[٣]، ورواية في مذهب أحمد[٤]، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٥]، لما روى عمرو بن يحيى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجًا من العريض[٦] فأراد أن يمرَّ به في أرض محمد بن مسلمة فأبى، فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك، تشربه أولًا وآخرًا، ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا والله، فقال له: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تشربه أولًا وآخرًا؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمرَّ به ففعل». رواه مالك[٧].

---

(١) كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٦، المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٨، المبدع، ج٤، ص٢٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٦٦.
(٢) المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤.
(٣) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٣٢٧.
(٤) كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤٥٥، المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩، المبدع، ج٤، ص٢٩٢.
(٥) الاختيارات الفقهية، ص٢٣٦، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩.
(٦) العريض: بالتصغير: هو وادٍ بالمدينة المنورة.
(٧) أخرجه الإمام مالك في «الموطأ» كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ج٢، ص٧٤٦، رقم: ٣٣.
وأخرجه: يحيى بن آدم في «الخراج» باب العيون والأنهار، ص١١١، حديث رقم ٣٥٣.

ولعل القول الأول هو الراجح، ويجاب عن دليل القول الثاني بما ذكره ابن قدامة حيث قال:

«والأول أقيس، وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة، وهو موافق للأصول، فكان أولى»[(١)].

وبعد بيان حكم الإجبار على إجراء الماء في أرض الغير، وأنه ليس له إجباره على الراجح فهل لصاحب الأرض الإذن له فيه بعوض؟ وهذا الإذن قد يكون بيعًا وقد يكون إجارة فإن كان بيعًا: فقد ذهب الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، إلى صحة ذلك بشروط:

الأول: بيان موضع المجرى.

الثاني: بيان الطول والعرض.

الثالث: أن يكون العوض معلومًا[(٤)]. وإن كان الاتفاق على حق الإجراء فقط، مع بقاء ملك الرقبة لصاحب الأرض فهذا عقد إجارة يشترط فيه بالإضافة إلى الشروط السابقة:

بيان المدة، وبيان العمق[(٥)].

---

(١) المغني، ج٤، ص٥٤٨.
(٢) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢٢، الوجيز، ج٢، ص١٨٠، فتح العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٣٢٨، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١.
(٣) المغني، ج٤، ص٥٤٦، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤، المبدع، ج٤، ص٩٢١، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٨، كشاف القناع، ج٣، ص٤٠١.
(٤) اختلفوا في اشتراط العمق، فعند الشافعية وجهان في اشتراطه، وأما الحنابلة فليس بشرط عندهم؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه فله أن ينزل فيه ما شاء. (راجع روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢٢، فتح العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٣٢٨، المغني، ج٤، ص٥٤٦، المبدع، ج٤، ص٢٩١).
(٥) المراجع السابقة.

ومن العلماء من لم يشترط بيان المدة في هذا الموضع؛ لأن العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة الإجارة جائز كالنكاح[١].

ويلاحظ أن من الفقهاء من قال: إنه ليس بيعًا ولا إجارة محضين، بل فيه شبههما لكونه على منفعة، لكنها مؤبدة[٢].

بقي هنا مسألة وهي: إذا كانت الأرض في يد رجل بإجارة، أو كانت الأرض في يده وقفًا عليه، فإن له إذا كانت الأرض في يده بإجارة أن يصالح على إجراء الماء فيها بشرطين:

١ ـ أن تكون الساقية محفورة فإن كانت غير محفورة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له إحداث ساقية.

٢ ـ أن تكون مدة العقد لا تزيد على مدة إجارته؛ لأن الأرض غير مملوكة له فلا يمكنه العقد عليها مطلقًا[٣].

وإن كانت الأرض في يده وقفًا عليه فحكمها حكم الأرض المستأجرة عند الشافعية[٤]، والقاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة[٥]، فله أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة، وليس له أن

(١) المبدع، ج٤، ص٢٩١، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٨.
(٢) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢٠، ٢٢٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٥، القواعد لابن رجب، ص٢٠٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٦٧، كشاف القناع، ج٣، ص٤٠٢.
(٣) مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١، نهاية المحتاج، ج٤، ص٤٠٢، المغني، ج٤، ص٥٤٦، الشرح الكبير، ج٣، ص١٣، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩.
(٤) مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١، نهاية المحتاج، ج٤، ص٤٠٢.
(٥) الفروع، ج٤، ص٢٧٤، المبدع، ج٤، ص٢٩٢، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩.

يحفر فيها ساقية، لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة[١].

ورجَّح ابن قدامة أنه يجوز له حفر الساقية فقال: «والأولى: أنه يجوز له حفر الساقية، لأن الأرض له، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره، بخلاف المستأجر، فإنه إنما يتصرّف فيها بما أذن له فيه»[٢].

٣ ـ حق المسيل:

معناه: هو حق صرف الماء غير الصالح أو الزائد عن الحاجة بإجرائه في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام[٣].

وقد اختلف الفقهاء في حكم ثبوته بعقد معاوضة عنه منفردًا على قولين:

القول الأول: لا يصح ثبوت حق المسيل بعقد البيع سواء أكان على سطح أم على الأرض، وبهذا قال الحنفية[٤].

وعلّلوا لقولهم بأن: المسيل مجهول، لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء، وهذا شامل للمسيل على السطح، والمسيل على الأرض، وينفرد المسيل على السطح بأمر آخر، وهو أنه تعلق بما ليس بمال وهو حق التعلي، لأنه متعلق بالهواء[٥].

---

(١) المغني، ج٤، ص٥٤٦، الشرح الكبير، ج٣، ص١٣، الفروع، ج٤، ص٥٤٦، المبدع، ج٤، ص٢٩٢.

(٢) المغني، ج٤، ص٥٤٧.

(٣) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٩١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي، ص٣٦١، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص٢٣٥.

(٤) الهداية، ج٥، ص٢٠٥، العناية وفتح القدير نفس الجزء والصفحة، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص١٥٤، الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٨٠.

(٥) العناية، ج٥، ص٢٠٥، فتح القدير الجزء والصفحة ذاتهما، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٨٠، مجمع الأنهر، ج٢، ص٦٠.

القول الثاني: يصح ثبوت حق المسيل بالبيع وبالإجارة سواء أكان المسيل على الأرض أم على السطح وبهذا قال المالكية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

وعلّلوا لذلك: بأن الحاجة داعية إلى تجويز هذا العقد(٤).

واشترطوا لصحة ذلك أربعة شروط:

الأول: معرفة السطح الذي يجري منه الماء، لأن المطر يقل بصغره، ويكثر بكبره(٥).

الثاني: معرفة السطح الذي يجري إليه الماء وقوته وضعفه، فإنه قد يتحمل قليل الماء دون كثيره، ولا يضر الجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جوز للحاجة(٦).

---

(١) جواهر الإكليل، ج٢، ص١٨٨، منح الجليل، ج٧، ص٤٧٥.

(٢) الوجيز، ج١، ص١٨٠، روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١، فتح العزيز شرح الوجيز، ج١٠، ص٣٢٧، المنهاج، ج٢، ص١٩١، مغني المحتاج نفس الجزء والصفحة، نهاية المحتاج، ج٤، ص٤٠١، فتح الوهاب، ج١، ص٢١٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٤٥٦.

(٣) المقنع، ج٢، ص١٢٧، المغني، ج٤، ص٥٤٧، الشرح الكبير، ج٣، ص١٣، المبدع، ج٤، ص٢٩١، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٦٦ ـ ٢٦٧، كشاف القناع، ج٣، ص٤٠٢.

(٤) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١، فتح العزيز، ج١٠، ص٣٢٧، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١، المغني، ج٤، ص٥٤٧، المبدع، ج٤، ص٢٩١، كشاف القناع، ج٣، ص٤٠٢.

(٥) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١، فتح العزيز، ج١٠، ص٣٢٨، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١، المغني، ج٤، ص٥٤٧، المبدع، ج٤، ص٢٩١، حاشية المقنع، ج٢، ص١٢٨. يلاحظ أن الحنابلة جعلوا الشروط عامة في السطح والأرض، وأما الشافعية فجعلوها في السطح.

(٦) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١، فتح العزيز، ج١٠، ص٣٢٧، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١.

الثالث: معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء إلى السطح دفعًا للجهالة[(١)].

الرابع: أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بالتسييل على سطح جاره[(٢)].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ قول جمهور الفقهاء القائل بصحة ثبوت حق المسيل بعقد البيع وذلك لما يلي:

١ ـ وجاهة ما علّلوا به من أن الحاجة داعيةٌ إلى ذلك.

٢ ـ ما ذكره الحنفية من وجود الجهالة، فيجاب عنه بأن القائلين بالصحة قد اشترطوا لذلك شروطًا تقل معها الجهالة، وما يبقى بعد ذلك من جهالة فهي محتملة في مقابل المصالح المترتبة على ذلك.

قال النووي رحمه الله: «ولا بأس بالجهل بقدر ماء المطر، لأنه لا يمكن معرفته، وهذا عقد جُوِّز للحاجة»[(٣)].

٣ ـ أنَّ أخذ المعاوضة عن حق المسيل يتفق مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تبيح للشخص أخذ المعاوضة عن ماله وحقوقه.

بقي هنا مسألة وهي: إذا كان السطح الذي يراد إجراء الماء عليه مستأجرًا بيد إنسان لم يجز له أن يصالح على إجراء الماء عليه[(٤)]، لأنه يتضرر بذلك، ولم يؤذن له فيه، فلم يكن له أن يتصرف فيه[(٥)].

---

(١) المغني، ج٤، ص٥٤٧، كشاف القناع، ج٣، ص٤٠٢، حاشية المقنع، ج٢، ص١٢٨.
(٢) مغني المحتاج، ج٢، ص١٩١، نهاية المحتاج، ج٤، ص٤٠٢.
(٣) روضة الطالبين، ج٤، ص٢٢١.
(٤) المغني، ج٤، ص٥٤٧، الفروع، ج٤، ص٢٧٤، تصحيح الفروع نفس الجزء والصفحة.
(٥) المغني، ج٤، ص٥٤٧.

وإن كان ماء السطح يجري على أرض مستأجرة ففيه احتمالان:

أحدهما: لا يجوز[(١)]، قال عنه المرداوي: «وهو الصواب»[(٢)]، لأنه يجعل لصاحب السطح رسمًا في ملك غيره، فربما ادعى استحقاق ذلك بعد تطاول المدة[(٣)].

ولأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر في أرض غيره[(٤)].

والاحتمال الثاني: جواز ذلك[(٥)]، إذا لم يحتج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة، ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدة إجارته[(٦)]، لأن المستأجر يملك المنفعة في هذه المدة.

قال عنه المرداوي: «وهو بعيد»[(٧)].

والراجح الأول، لقوة ما عُلِّل به له.

٤ ـ حق المرور:

اختلف الفقهاء في حكم ثبوت حق المرور في عقار الغير بعقد البيع استقلالًا على قولين:

---

(١) المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤، الفروع، ج٤، ص٢٧٤، تصحيح الفروع نفس الجزء والصفحة، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩.
(٢) الإنصاف، ج٥، ص٢٧٤، تصحيح الفروع، ج٤، ص٢٧٤.
(٣) المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤، تصحيح الفروع، ج٤، ص٢٧٤.
(٤) المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤.
(٥) المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤، الفروع، ج٤، ص٢٧٤، الإنصاف، ج٥، ص٢٤٩، تصحيح الفروع، ج٤، ص٢٧٤.
(٦) المغني، ج٤، ص٥٤٨، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤.
(٧) تصحيح الفروع، ج٤، ص٢٧٤.

القول الأول: صحة ذلك، وإليه ذهب جمهور الحنفية[(١)]، وهو قول المالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

وعلّل الحنفية لصحة بيع حق المرور منفردًا مع منعهم لبيع حق المسيل بالفرق بينهما:

فإن حق المرور معلوم لتعلّقه بمحل معلوم وهو الطريق.

أما حق التسييل فهو إن كان على الأرض فهو مجهول لجهالة محله، وإن كان على السطح، فهو نظير حق التعلي، وحق التعلّي ليس متعلقًا بما هو مال بل بالهواء[(٥)].

وعلّل «ابن الهمام» للفرق بين حق المرور حيث يصح بيعه، وبين حق التعلّي الذي لا يصح بيعه عندهم بقوله:

«إن حق المرور حقٌّ يتعلق برقبة الأرض وهي مال، هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين. أما حق التعلّي فحق يتعلق بالهواء، وهو ليس بعين مال»[(٦)].

---

(١) الهداية، ج٥، ص٢٠٥، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥١٨، العناية، ج٥، ص٢٠٥، مجمع الأنهر، ج٢، ص٦٠، الدر المنتقى، ج٢، ص٥٩.
(٢) المدونة، ج٥، ص٤٦٣، منح الجليل، ج٧، ص٤٧٤.
(٣) الوجيز، ج١، ص١٨٠، فتح العزيز، ج١٠، ص٣١٣، روضة الطالبين، ج٤، ص٢١٠، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨٦، نهاية المحتاج، ج٤، ص٣٩٢.
(٤) المقنع، ج٢، ص١٢٧، الكافي، ج٢، ص٢١٤، المغني، ج٤، ص٥٧١، الفروع، ج٤، ص٢٧٥، المبدع، ج٤، ص٢٩٢، الإنصاف، ج٥، ص٢٥١، الإقناع، ج٢، ص١٩٩.
(٥) الهداية، ج٥، ص٢٠٥، العناية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٨٠.
(٦) فتح القدير، ج٥، ص٢٠٦.

القول الثاني: لا يصح بيع حق المرور منفردًا، وبه قال أبو حنيفة على رواية عنه[(١)].

وعلّلوا لذلك: بأن المرور حق، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء[(٢)]، لأنها ليست بمال[(٣)]، «لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها»[(٤)].

كما علّل الكرخي لذلك بوجود الجهالة[(٥)].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة بيع حق المرور منفردًا للأسباب الآتية:

١ ـ وجود مصلحة راجحة في ذلك.

٢ ـ أن التعليل بأن المرور حقٌّ والحقوق لا تحتمل الأفراد بالبيع، لأنها ليست بمال.. هو تعليل محل نظر؛ لأن هذا جريًا على ما ذهب إليه الحنفية من عدم اعتبار المنافع أموالًا والراجع اعتبار المنافع أموالًا، لأن المنافع هي المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها، وقد سوَّغ الشارع أن تكون المنفعة مهرًا في النكاح، وأن المهر

---

(١) الهداية، ج٥، ص٢٠٥، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥١٨، ج٥، ص٨٠، مجمع الأنهر، ج٢، ص٦٠، الدر المنتقى، ج٢، ص٥٩.
(٢) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٨٩، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥١٨، ج٥، ص٨٠.
(٣) العناية، ج٥، ص٢٠٥، فتح القدير، ج٥، ص٢٠٦، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٨٠.
(٤) فتح القدير، ج٥، ص٢٠٤، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٨٠.
(٥) فتح القدير، ج٥، ص٢٠٥.

يجب أن يكون مالًا[١]، لقوله تعالى بعد تعداد محرمات النساء: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[٢].

ومن جهة أخرى «فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها.. وإن تشريع عقد الإجارة بنصوص الكتاب والسنّة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء»[٣].

٣ ـ إن تعليل الكرخي للمنع بوجود الجهالة هو تعليل محل نظر؛ لأن الفقهاء الذين أجازوه اشترطوا «أن يكون ذلك معلومًا»[٤].

بل إن جمهور الحنفية الذين أجازوا بيع حق المرور منفردًا، قالوا في الفرق بينه وبين حق التسييل: إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق. كما سبق نقله.

ثم ما قد يوجد بعد ذلك من جهالة فهي يسيرة محتملة لا تفضي إلى النزاع.

والله أعلم...

* * *

---

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج٣، ص٢٠٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص٥٢ ـ ٥٣، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٢١٩.

(٢) سورة النساء، آية: ٢٤.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء، ج٣، ص٢٠٨.

(٤) المبدع، ج٤، ص٢٩٣.



الشرط الرابع

أن يكون مملوكًا للبائع أو مأذونًا له فيه

يشترط أن يكون المبيع مملوكًا للبائع، أو مأذونًا له في بيعه، للنهي عن بيع ما لا يملكه الإنسان، فإذا كان البائع مأذونًا له في بيع المبيع صحَّ أيضًا؛ لقيامه مقام مالكه، لأنه نزله منزلة نفسه، والحاجة داعية إلى التوكيل، لكون الموكل غائبًا أو محبوسًا يتعذر معه حضور المشترى معه، وما أشبهه، فلو لم يقم مقامه، لأدى إلى الحرج والمشقة، وهما منتفيان شرعًا(١).

ويشتمل الكلام في هذا الشرط على خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة.

المطلب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة.

المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة.

المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها.

المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة.

* * *

---

(١) المبدع، ج٤، ص١٦.

المطلب الأول: حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة:

اتفق الفقهاء على أن الأراضي المفتوحة عنوة إذا قسمت بين الفاتحين صارت ملكًا لهم، يتصرفون فيها بالبيع والشراء وغير ذلك[(١)].

أما إذا لم تقسم، فقد اختلفوا في حكم بيعها على أقوال:

القول الأول: أن هذه الأراضي لا يصح بيعها، وبه قال: المالكية[(٢)]، والشافعية على الصحيح من مذهبهم[(٣)]، والرواية المشهورة في مذهب الحنابلة[(٤)].

القول الثاني: يصح بيعها، وهو قول الحنفية[(٥)]، وأحد قولي

---

(١) الخراج لأبي يوسف، ص١٣٦، مختصر القدوري، ج٤، ص١٢٣، النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، بدائع الصنائع، ج٧، ص١١٩، فتح القدير، ج٤، ص٣٠٣، بداية المجتهد، ج١، قوانين الأحكام الشرعية، ص١٦٧، الأم، ج٤، ص١٨١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٦، المقنع، ج١، ص٥١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٤، ص٣٢٨، المحرر، ج٢، ص١٧٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٦.

(٢) مقدمات ابن رشد، ص٢٧٢، الشرح الصغير، ج١، ص٦٧٢، منح الجليل، ج٣، ص١٨٠ ـ ١٨٢.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٧٤، التنبيه، ص٢٤١، المهذب، ج٢، ص٢٦٦، روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٤، نهاية المحتاج، ج٨، ص٧٤، التكملة الثانية للمجموع، ج١٩، ص٤٥٤.

(٤) مسائل الإمام أحمد رواية إسحاق النيسابوري، ج١، ص١٠، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٥، المقنع، ج٢، ص٨، الكافي، ج٢، ص٧، المغني، ج٢، ص٧٢٠، المحرر، ج٢، ص١٨٠، الفروع، ج٤، ص٣٨، المبدع، ج٤، ص١٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٦، وقال فيه ـ بعد ذكر هذه الرواية ـ: «هذا المذهب بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم».

(٥) الخراج لأبي يوسف، ص١٣٦، الهداية، ج٤، ص٣٥٩، فتح القدير، ج٤، ص٣٥٩، مجمع الأنهر، ج١، ص٦٦٣، كشف الحقائق، ج١، ص٣٢١، الدر المنتقى، ج١، ص٦٦٣.

الشافعية(١)، والرواية الثانية في مذهب الحنابلة(٢)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية(٣)، وابن القيم(٤)، والشيخ عبد الرحمن السعدي(٥)، وقد نُقل هذا القول عن: الثوري وابن سيرين(٦).

القول الثالث: يصح الشراء دون البيع، وهي الرواية الثالثة في مذهب الحنابلة(٧).

القول الرابع: يصح البيع والشراء عند الحاجة، وهي الرواية الرابعة في مذهب الحنابلة(٨).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدلَّ أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٧٤، التنبيه، ص٢٤١، المهذب، ج٢، ص٢٢٦، روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، التكملة الثانية للمجموع، ج١٩، ص٤٥٤.
(٢) الفروع، ج٤، ص٣٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٦، المبدع، ج٤، ص٢٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٨، السلسبيل في معرفة الدليل، ج١، ص٣٢٥، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٣٤٣.
(٣) المراجع السابقة، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٤.
(٤) أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٤.
(٥) المختارات الجلية، ص٧٠.
(٦) نقله عنهما ابن قدامة في كتابه «المغني»، ج٢، ص٧٢٠.
(٧) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٦، المقنع، ج٢، ص٩، الكافي، ج٢، ص٧، المغني، ج٢، ص٧٢٠، الفروع، ج٤، ص٣٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٦، المبدع، ج٤، ص٢٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٩.
(٨) الفروع، ج٤، ص٣٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٦، المبدع، ج٤، ص٢٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٩.

الدليل الأول:

أنه قد وردت الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم بالنهي عن بيع الأرض التي فتحت عنوة:

ومن تلك الآثار ما يلي:

١ ـ ما رواه أبو عبيد بسنده عن أبي عياض عن عمر قال: لا تشتروا رقيق أهل الذمة فإنهم أهلُ خراج[(١)]، وأرضوهم فلا تبتاعوها[(٢)]، ولا يقرن أحدكم بالصغار[(٣)] بعد إذ نجاه الله منه[(٤)].

٢ ـ وعن بشير بن عقبة عن الحسن قال: قال عمر: لا تشتروا رقيقَ أهل الذمة ولا أرضهم، قال: فقلت للحسن ولم؟ قال: لأنهم فيءٌ للمسلمين ولا أرضهم. أخرجه أبو عبيد[(٥)].

---

(١) يعني أنهم يؤدون الجزية للمسلمين فإذ اشتراهم المسلمون وصاروا ملكًا لهم وجبت عليهم الجزية. (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد حاشية رقم ١، صفحة ٧٩).

(٢) يعني لا تشتروها؛ لأنها أرض خراج فمن اشتراها وجب عليه خراجها.
(تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد، حاشية رقم ٢، ص٧٩).

(٣) أي لا يقبلن على نفسه الذل والهوان بأن يصير من أهل الجزية والخراج.
(تحقيق وتعليق محمد خلل هراس على كتاب الأموال حاشية رقم ٣، ص٧٩).

(٤) كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلاّم، ص٧٩، رقم ١٩٤.
وأخرج يحيى بن آدم بسنده عن محمد بن سيرين قال: نهى عمر رضي الله عنه بيع رقيق أهل الذمة وأرضيهم. الخراج ليحيى بن آدم صفحة ٥٥، رقم ١٥٦.
وأخرج أيضًا عن هشيم عن أبي عقيل الأزدي أن الحسن حدثهم قال: نهى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يشتري أرض أهل الذمة ورقيقهم.
وأخرجه عن طريق هشيم عن يونس عن الحسن مثله. ثم قال: ولم يبلغ به عمر.

(٥) الأموال، ص٧٩، رقم ١٩٥.

٣ ـ وعن عنترة قال: سمعت عليًّا رضي الله عنه يقول: إياي وهذا السواد. أخرجه أبو عبيد(١).

فإن عليًّا رضي الله عنه يحذر نفسه وغيره أن يشتروا من أرض سواد العراق شيئًا.

٤ ـ وعن حبيب قال تبعنا ابن عباس رضي الله عنهما فسأله رجلٌ فقال: أنى يكون بهذا السواد فأتقبل(٢)، ولست أريد أنْ أزداد، ولكني أدفع الضيم(٣)، فقرأ عليه ابن عباس عليه السلام(٤): ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ﴾(٥)، فقال: لا تنزعوه من أعناقهم وتجعلوه في أعناقكم. أخرجه أبو عبيد(٦).

٥ ـ وروى أبو عبيد(٧) بسنده عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: ألا أخبركم بالراجع على عقبيه؟: رجل أسلم فحسن إسلامه، وهاجر فحسنت

---

(١) الأموال، ص٧٩، رقم ١٩٧.
وأخرج يحيى بن آدم قال: حدثنا عبدة عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن علي عليه السلام: أنه كان يكره أن يشتري من أرض الخراج شيئًا، ويقول: عليها خراجُ المسلمين. الخراج ليحى بن آدم، ص٥٩، رقم ١٧٨.

(٢) التقبل: أن يجعل شخص قبيلًا، أي: كفيلًا بتحصيل الخراج وأخذه لنفسه، مقابل قدرٍ معلوم بدفعه، وهو ما عرف بعد باسم نظام الالتزام، فيستفيد المتقبل الفرق بين ما يدفعه وما حصله. (تحقيق وتعليق الدكتور محمد إبراهيم البنا على كتاب الخراج لأبي يوسف، ص١٨٩، حاشية رقم (٣)، وقد أحال على كتاب الخراج للدكتور الريس ٢٦٩).
وأما حكم التقبيل فانظر فيه: كتابَ الخراج لأبي يوسف، ص٢٢٥ وما بعدها.

(٣) يعني لست أريد بذلك التوسع في الغنى، ولكني أريد أن أدفع عن نفسي الفقر والعيلة. (تحقيق وتعليق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد، ص٧٩، حاشية رقم٧).

(٤) هكذا وردت الرواية في كتاب الأموال «عليه السلام».

(٥) سورة التوبة، آية: ٢٩.

(٦) الأموال، ص٧٩، رقم ١٩٨.

(٧) الأموال، ص٨٠، رقم ٢٠٣.

هجرته، وجاهد فحسن جهاده، فلما قفل حمل أرضًا بجزيتها فذلك الراجع على عقبيه.

قال أبو عبيد بعد ذكره هذه الآثار:

«فقد تتابعت الآثار بالكراهة بشراء أرض الخراج. وإنما كرهها الكارهون من جهتين:

إحداهما: أنها فيء للمسلمين.

والأخرى: أن الخراج صغار»[١].

مناقشة الاستدلال بهذه الآثار:

يناقش الاستدلال بالآثار السابقة من وجوه عدة هي:

الوجه الأول: أن أسانيد هذه الآثار في بعضها كلام. فالأثر المروي عن علي رضي الله عنه في سنده[٢] سعيد بن سنان اختلف في الحكم عليه[٣]:

فقال الإمام أحمد: ليس بالقوي

ووثقه الدارقطني.

وأما الأثر المروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما ففي سنده[٤]: يحيى بن أبي عمرو السيباني قال عنه ابن حجر في «تقريب التهذيب»[٥]: روايته عن الصحابة مرسلة.

---

(١) الأموال لأبي عبيد، ص٨١.

(٢) سند الأثر عند أبي عبيد: حدثني أبو نعيم عن سعيد بن سنان عن عنترة قال سمعت عليًا رضي الله عنه. الأموال، ص٧٩.

(٣) ينظر في ذلك: ميزان الاعتدال، ج٢، ص١٤٣.

(٤) سند الأثر عند أبي عبيد: حدثني هشام بن عمار قال حدثنا يزيد بن سمرة أبو هزان قال: حدثني يحيى بن أبي عمرو السيباني عن عبدالله بن عمرو بن العاص فذكره. الأموال، ص٧٩، رقم ١٩٨.

(٥) ج٢، ص٣٥٥: ترجمة رقم: ١٤٢.

الوجه الثاني: أن النهي عن شراء الأرض المفتوحة عنوة يعود لأمرين:

الأول: أنها فيء للمسلمين حيث تركت وقفًا فلم تقسم.

والثاني: أن الخراج صغار، فكيف يدخل فيه المسلم؟ كما سبق نقل ذلك عن أبي عبيد.

وهذان الأمران يمكن الإجابة عليهما:

بأن الأمر الأول وهو كونها فيئًا لا يمنع من بيعها، لأن خراجها يؤخذ ممن هي ـ في يده؛ إذ حق المسلمين في الخراج، وهو لا يسقط بنقل الملك.

قال ابن القيم رحمه الله:

«وضرب الخراج عليها يؤخذ ممن تكون في يده، والوقف إنما امتنع بيعه لما في بيعه من إبطال وقفيته، وأما هذه فإذا بيعت أو انتقل الملك فيها فإنها تنتقل خراجية كما كانت عند الأول، وحق المسلمين في الخراج، وهو لا يسقط بنقل الملك فإنها تكون عند المشتري كما كانت عند البائع..»(١).

وأما الأمر الثاني:

وهو أن الخراج صغار فكيف يدخل فيه المسلم؟

فيمكن الإجابة عليه بما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله حين بيّن حكم شراء الأرض الخراجية، وهل الخراج أجرة أو ثمن للأرض حيث قال:

«.. يبقى إذا أخذه المسلم: هل يكره لما فيه من الصغار، أو لما فيه من الاشتغال عن الجهاد بالحراثة، فهذه مواضع أخر.. تختلف باختلاف المصالح والأوقات كما أن النبي ﷺ عامل اليهود على خيبر لقلة المسلمين، فلما كثر المسلمون أجلاهم عمر بأمر النبي ﷺ، وصار المسلمون يعمرونها، فكذلك الأرض الخراجية إذا كثر المسلمون كان استيلاؤهم عليها

(١) أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٤ ـ ١٠٥.

بالخراج أنفع لهم من أن يبقوا فقراء محاويج، والكفار يستغلون الأرض بالخراج اليسير.. فكان المعنى ضرر المسلمين بأهل الذمة واكتفاء المسلمين بالمسلمين.. ومتى كثر المسلمون لم يبق صغار، ولا جزية، وإنما كان فيه صغار وجزية في الزمن المتقدم، كما لو أسلم الذمى الذي هو مستولٍ عليها، فإنها تبقى بيده مؤديًا لخراجها، وسقط عنه جزية جمجمته.. وإذ جاز أن تبقى بيده بعد إسلامه، فما المانع من أن يدفعها إلى مسلم غيره بعوض أو غيره، والمسلم لا صغار عليه بحال، فلو كان المانع كونها صغارًا، لم يجامع الإسلام، كجزية الرأس»[١].

الوجه الثالث: أن هذه الآثار المروية عن بعض الصحابة في النهي عن شراء الأراضي المفتوحة عنوة قد عارضتها آثار أخرى مروية عن بعض الصحابة تدل على جواز ذلك. ومن هذه الآثار ما يلي:

١ ـ ما نقله الزيعلي في «نصب الراية»[٢] من كتاب «المعرفة» للبيهقي عن أبي يوسف قال: حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب: إني اشتريت أرضًا من أرض السواد، فقال عمر: أنت فيها مثل صاحبها.

٢ ـ وعن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه ـ أن ابن مسعود اشترى من دهقان[٣] أرضًا على أن يكفيه جزيتها. أخرجه أبو عبيد[٤].

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٧ ـ ٢٠٨.

(٢) ج٣، ص٤٤١.

(٣) الدهقان: قال في القاموس، ج٤، ص٢٢٤: «الدهقان: بالكسر والضم القوي على التصرف مع حدة، والتاجر وزعيم فلاحي العجم ورئيس الإقليم معرب». وقال ابن الأثير في: النهاية، ج٢، ص١٤٥» الدهقان: بكسر الدال وضمها: رئيس القرية وأصحاب الزراعة، وهو معرب».

(٤) الأموال، ص٨٠، رقم ١٩٩٠، وسنده عنده هو: حدثنا أبو معاوية ويزيد عن الحجاج عن القاسم بن عبد الرحمن قال يزيد: عن أبيه ـ أن ابن مسعود اشترى.. الخ.

وفي لفظ: جاء دهقان إلى عبدالله بن مسعود فقال: اشترِ مني أرضي، فقال عبدالله: على أن تكفيني خراجها، قال: نعم. فاشتراها منه. أخرجه يحيى ابن آدم(١).

٣ ـ وعن ابن مسعود قال: نهى رسول الله ﷺ عن التبقر(٢) في الأهل والمال، ثم قال عبدالله: فكيف بمال براذان(٣)، وبكذا وبكذا، أخرجه الإمام أحمد، وأبو عبيد واللفظ له(٤).

---

(١) الخراج ليحيى بن آدم القرشي، ص٥٦، رقم ١٦٦ وسنده: أخبرنا إسماعيل قال حدثنا الحسن، قال يحيى قال حدثنا عبد السلام بن حرب عن حجاج عن القاسم بن عبد الرحمن قال: جاء دهقان.. الخ.

(٢) التبقر: قال أبو عبيد: التوسع في المال وغيره، وإنما هو مأخوذ من بقرت الشيء: أي وسعته. الأموال، ص٨٥.

(٣) راذان: قال محمد خليل هراس في تحقيق كتاب الأموال، ص٨٥: هي قرية قرب المدينة، وجاء في تحقيق التركي والحلو لكتاب المغني، ج٤، ص١٩٣: «هي قرية بنواحي المدينة، ذكر ياقوت أنها جاءت في حديث عبدالله بن مسعود، معجم البلدان ٢/ ٧٣٠»، ولم يظهر لي كونها قرب المدينة، لأن لفظ الكلمة لا يشعر بذلك، ولأن أبا عبيد أورد الخبر مستدلًا به على الدخول في أرض الخراج. والله أعلم.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده بلفظ: حدثنا عبدالله حدثني أبي ثنا حجاج ثنا شعبه عن أبي التياح عن رجل من طيئ عن عبدالله قال: نهانا رسول الله ﷺ عن التبقر في الأهل والمال، فقال أبو جمرة وكان جالسًا عنده نعم حدثني أخرم الطائي عن أبيه عن عبدالله عن النبي ﷺ قال فقال عبدالله: فكيف بأهل براذان وأهل المدينة وأهل كذا، قال شعبه فقلت لأبي التياح ما التبقر، فقال: الكثرة.
وأخرجه بلفظ: حدثنا عبدالله حدثني أبي حدثنا محمد بن جعفر ثنا شعبه عن أبي التياح عن ابن الأخرم رجل من طيئ عن عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه نهى عن التبقر في الأهل والمال.
وأخرجه أيضًا بلفظ: حدثنا حدثني أبي ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبه قال: سمعت أبا جمرة يحدث عن أبيه عن عبدالله عن النبي ﷺ قال: وقال عبدالله: كيف من له ثلاثة أهلين: أهل بالمدينة وأهل بكذا وأهل بكذا. مسند الإمام أحمد، ج١، ص٤٣٩.
وأخرجه أبو عبيد عن طريق الحجاج حدثني عن شعبه عن أبي التياح عن رجل من طيئ ـ حسبته قال عن أبيه عن عبدالله بن مسعود باللفظ المذكور أعلاه. (الأموال، ص٨٥، رقم ٢٢١).

قال أبو عبيد: فأرى عبدالله ذكر أن له براذان مالًا[١].

الإجابة على هذا الوجه:

أجيب عن هذه الآثار بما يلي:

أن الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه في سنده: مجالد بن سعيد، وجدت المحدثين قد ضعفوه حيث قال عنه ابن معين[٢] وغيره: لا يحتج به.

وقال الدارقطني: ضعيف[٣].

وأما الأثر الأول عن ابن مسعود وهو: أنه اشترى من دهقان أرضًا على أن يكفيه جزيتها.

فقد أجاب عنه أبو عبيد بأن الشراء بمعنى: الإكتراء فقال: «أراه يعني بالشراء: الإكراء، لأنه لا يكون مشتريًا والجزية على البائع، وقد خرجت الأرض من ملكه»[٤].

ونقل ابن قدامه في كتابه المغني[٥] هذه الإجابة عن أبي عبيد.

---

(١) الأموال ص٨٥.

(٢) ينظر في ذلك: ميزان الاعتدال، ج٣، ص٤٣٨، ترجمة رقم: ٧٠٧٠.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) الأموال، ص٨٠.

(٥) المغني، ج٢، ص٧٢١، ونقله الشيخ مرعي بن يوسف في تهذيب الكلام مخطوط، ص١٦ (ص٨٠ من المطبوع). وقد يرد على هذه الإجابة: بأن الشراء على معناه الحقيقي وليس بمعنى الإكتراء. وأما قوله في الأثر «على أن يكفيه جزيتها»، فقد يراد به أن ابن مسعود قد عجل له بعض الثمن، وترك الباقي مقابل دفع الخراج، ولهذا اشترط ابن مسعود رضي الله عنه أن يكفيه جزيتها أي: خراجها.
وهذا يستقيم على قول من يقول: إن خراج أرض العنوة هو في معنى ثمن الأرض كما يقوله الحنفية، وبعض الشافعية. والله أعلم.
انظر في معنى الخراج هل هو أجرة أو ثمن: الخراج ليحيى بن آدم، ص١٦٥، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٤٧، ١٧٤، الاستخراج لأحكام الخراج، ص٣٩.
نظام الضرائب في الإسلام، ص٤٤٣.

٤ ـ أما الأثر الثاني الذي جاء فيه: «فكيف بمال براذان».

فقد أجاب عليه ابن قدامة قائلًا وقوله «فكيف بمال براذان؟»:

ليس فيه ذكر الشراء، فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه، ويحتمل أنه أراد أرضًا اكتراها، وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره، وقد يعيب الإنسان الفعل المعيب من غيره.

جواب ثان: «أنه يتناول الشراء، وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض»[1].

وهذه الإجابة عندي هي محل نظر لأمرين:

الأول: أن عدم ذكر الشراء في هذا الأثر لا يدل على أنه حصل عليه بغير الشراء، بل الغالب حصوله عليه بالشراء، وهذا ما فهمه أبو عبيد من الأثر، فإنه أورده مستدلًا به على شراء أرض الخراج.

الثاني: أن قوله: «إنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض» غير مسلَّم أيضًا، لأن عمر رضي الله عنه قد نهى عن الشراء فكيف يخص قوله بالنهي عن البيع دون الشراء؟ والله أعلم.

الدليل الثاني: من أدلة القائلين بالنهي عن بيع الأرض المفتوحة عنوة: الإجماع:

فقد نقل ابن قدامة رحمه الله إجماع الصحابة رضي الله عنهم على أنه لا يجوز شراء شيء من الأرض المفتوحة عنوة ولا بيعه فقال:

«ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم: فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أرضهم».

---

(١) المغني، ج٢، ص٧٢١.

وقال الشعبي: «اشترى عتبة بن فرقد أرضًا على شاطئ الفرات ليتخذ فيها قصبًا فذكر ذلك لعمر، فقال: ممن اشتريتها؟ قال: من أربابها، فلما اجتمع المهاجرون والأنصار قال: هؤلاء أربابها، فهل اشتريت منهم شيئًا؟ قال لا، قال: فارددها على من اشتريتها منه وخذْ مالك».

وهذا قول عمر في المهاجرين والأنصار بمحضر سادة الصحابة وأئمتهم، فلم ينكر، فكان إجماعًا(١).

مناقشة هذا الاستدلال:

نوقش هذا الاستدلال من وجوه عدة هي:

الأول: أنَّ هذين الأثرين المرويين عن عمر رضي الله عنه قد سبق بيان أنهما معارضان بما رُوي عن عمر نفسه، وبما روي عن ابن مسعود رضي الله عنهما، وسبق أيضًا الإجابة عن ذلك وما ورد عليها.

الثاني: ما أورده محمد رشيد رضا على دعوى الإجماع هذه حيث قال: «فيه: أن إجماع الصحابة إن قلنا بإمكانه بعد انتشارهم في أقطار الأرض فلا نقول: بأنه دين يجب اتباعه في أمور المعاش والبيع والشراء، وإنما فعلوا ذلك لأنهم رأوا فيه المصلحة في زمنهم، وما دام الأئمة يرون ذلك يلتزمونه، فإن رأوا المصلحة في غيره داروا معها»(٢).

دفع هذا الاعتراض:

يمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن يقال:

إنه إذا تحقق وجود الإجماع من الصحابة رضي الله عنهم على حكم مسألة من المسائل فإنه حينئذٍ لا يجوز مخالفة ذلك الإجماع، لأن المصلحة متحققة

---

(١) المغني، ج٢، ص٧٢١.
(٢) تعليق محمد رشيد رضا على كتاب المغني، ج٢، ص٧٢١.

فيما أجمعوا عليه؛ إذ لا تجتمع أمة محمد ﷺ إلا على ما هو حقٌّ ومصلحة[1].

الوجه الثالث: أن الإجماع الذي ذكره ابن قدامة هو عندي محل نظر، لأنه مبني على أن عمر رضي الله عنه أنكر بمحضر من الصحابة على عتبة بن فرقد شراءه أرضًا على شاطئ الفرات. وهذا الأثر لم يثبت، لأن في سنده بكير بن عامر: وهو ضعيف كما سبق بيان ذلك[2].

الدليل الثالث: القياس:

فقد قالوا: إن هذه أرض موقوفة فلم يجز بيعها قياسًا على سائر الأحباس والوقوف.

والدليل على وقفها: أن عمر رضي الله عنه لم يقسم الأرض التي افتتحها[3] وتركها لتكون مادة لأجناد المسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة.

ولأنها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثتهم، ولم تكن مشتركة بين المسلمين[4].

---

(١) قلت: ومما يؤيد هذه الإجابة التي ذكرتها ما جاء في المسودة في أصول الفقه، ص٣١٥: «الإجماع حجة مقطوع عليها يجب المصير إليها وتحرم مخالفته، ولا يجوز أن تجمع الأمة على الخطأ».
وما ذكره الرازي في المحصول: «اختلفوا في أن الإجماع في الآراء والحروب هل هو حجة؟.
منهم من أنكره. ومنهم من قال: إنه حجة ـ بعد استقراء الرأي وأما قبله فلا، والحق: أنه حجة مطلقًا، لأن أدلة الإجماع غير مختصة ببعض الصور». المحصول الجزء الثاني، القسم الأول، ص٢٩٢.

(٢) ينظر ص٧٨ حاشية (٢).

(٣) راجع الآثار المروية عن عمر في ترك قسمة ما فتح عنوة ص٦٥ ـ ٦٦ من هذه الرسالة.

(٤) المغني، ج٢، ص٧٢٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣١٥، المبدع، ج١، ص١٩.

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله حيث قال:

«الذي يكره من شراء الأرض الخراجية، إنما كان لأن المشتري يشتريها فيرفع الخراج عنها، وذلك إسقاط لحق المسلمين.. فأما إذا اشتراها وعليه من الخراج ما على البائع فهو كما لو ولاه إياها بلا حقٍّ، وكما لو ورثها، فإن الإرث مجمع عليه: أن الوارث أحق بها بالخراج.. وإذا كان كذلك فلو أخذه ذمي من الذمي الأول بالخراج، وعاوضه على ذلك عوضًا لم يكن في ذلك ضرر أصلًا فلا وجه لمنعه، لأنه إن قيل: إنه وقف، فهذا لا يخرجه بهذه المعاوضة عن أن يكون وقفًا، بل مستحق أهل الوقف باق، كما كان، وبيع الوقف إنما منع منه لإزالة حق أهل الوقف. وهذا لا يزول، بل هو بمنزلة إجارة أرض الوقف بأكثر مما استأجرها، فكأنه قال: أكريتك هذه الأرض بما علي من الخراج، وبالزيادة التي تعجلها إلي، ولهذا ينتقل إلى ورثة من هي في يده، والوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث.. وبالجملة فالموانع من كونها وقفًا ينظر فيها، أما جهة الوقف، فلا يتوجه كونها مانعا على أصول الشريعة أبدًا»[(١)].

وقال ابن القيم رحمه الله ـ بعد أن ذكر حكم الأرض المفتوحة عنوة:

«ويجوز بيع هذه الأرض وهبتها ورهنها وإجارتها، ونصَّ الإمام أحمد في رواية ابنه صالح على جواز جعلها صداقًا[(٢)]، وهذا صريح في جواز بيعها وهبتها.

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٤ ـ ٢٠٩.

(٢) قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولهذا جوز أحمد إصداق الأرض الخراجية، وما جاز أن=

وقال بعض المتأخرين من أصحابه: لا يجوز نقل الملك فيها، لأنها وقفٌ، فلا يجوز بيعُها.

وهذا ليس بشيء، فإنها تورث بالاتفاق، والوقف لا يورث، وتجعل صداقًا بالنص[١]، والوقف لا يجوز فيه ذلك.

ومنشأ الشبهة: أنهم ظنوا أن وقفها بمنزلة سائر الأوقاف التي تجري مجرى إعتاق العبد وتحريره لله، وهذا غلط، بل معنى وقفها تركها على حالها لم يقسمها بين الغانمين، لا أنه أنشأ تحبيسها وتسبيلها على المسلمين: هذا لم يفعله رسول الله ﷺ ولا عمر ولا أحد من الأئمة بعده، بل وقفها هو ترك قسمتها وإبقاؤها على حالها، وضرب الخراج عليها يؤخذ ممن تكون في يده، والوقف إنما امتنع بيعه لما في بيعه من إبطال وقفيته، وأما هذه فإذا بيعت أو انتقل الملك فيها فإنها تنتقل خراجية، كما كانت عند الأول. وحق المسلمين في الخراج، وهو لا يسقط بنقل الملك، فإنها تكون عند المشتري كما كانت عند البائع»[٢].

وقد فهمت من بعض كتب المالكية أنهم يرون أن معنى وقفها: هو تركها غير مقسومة لا الوقف المصطلح عليه.

فقد نقل الشيخ أحمد محمد الصاوي في «بلغة السالك»[٣] عن الشيخ: مصطفى الرماصي، قال: لم أرَ من قال: إنها تصير وقفًا بمجرد الاستيلاء عليها؛ إذ كلام الأئمة فيما يفعله الإمام فيها هل يقسمها كغيرها أو يتركها

=يكون صداقًا جاز أن يكون ثمنًا، وأجرة، وما كان ثمنًا كان مثمنًا فهذا باب ينبغي تأمله». مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(١) مراده بالنص هنا: نص الإمام أحمد في رواية ابنه صالح.

(٢) أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٤ ـ ١٠٥.

(٣) بلغة السالك، ج١، ص٧٦٢، وقد ورد مثل ذلك في منح الجليل، ج٣، ص٧٨١ ـ ٧٨٢.

لنوائب المسلمين، وحينئذٍ فمعنى وقفها: تركها غير مقسومة لا الوقف المصطلح عليه وهو الحبس، وأقره «بن»[١]، وقد يقال هذا المعنى: هو المراد من قولهم تصير وقفًا بمجرد الاستيلاء، فإنها تترك للمصالح ولا معنى للوقف والتحبيس إلا ذلك».

ومما سبق يظهر أن معنى وقف هذه الأرض هو ترك قسمتها فلا يصح قياسها على الوقف المصطلح عليه. والله أعلم.

أدلة القول الثاني:

استدلَّ القائلون بصحة بيع الأراضي المفتوحة عنوة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: الآثار

فقد قالوا: إنه صح عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها[٢].

١ ـ فإنه روي أن عتبة بن فرقد قال لعمر بن الخطاب: إني اشتريت أرضًا من السواد، فقال: أنت فيها مثل صاحبها.

٢ ـ وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى من دهقان أرضًا على أن يكفيه جزيتها.

٣ ـ وعن ابن مسعود قال: نهى رسول الله ﷺ عن التبقّر في الأهل والمال، ثم قال عبدالله: فكيف بمال براذان وبكذا وبكذا.

---

(١) المراد بقوله «وأقره بن»: الشيخ البناني كما بيّن ذلك في مقدمة الكتاب.

(٢) الهداية، ج٤، ص٣٦٥، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، نصب الراية، ج٣، ص٤٤١.

مناقشة الاستدلال بهذه الآثار:

هذه الآثار سبق الاعتراض بها على الدليل الأول لأصحاب القول الأول، وقد بيّنت هناك الإجابة عليها[(١)].

الدليل الثاني: إقطاع بعض الصحابة أراضيَ بسواد العراق:

وقد احتج بعض من أجاز بيع الأراضي المفتوحة عنوة بإقطاع عثمان رضي الله عنه بعض المواضع بسواد العراق[(٢)].

فعن موسى بن طلحة قال: أقطع عثمان بن عفان لعبدالله بن مسعود في النهربين[(٣)]، ولعمار بن ياسر سنينيا[(٤)]، وأقطع خبايا صعنبى[(٥)]، وأقطع سعد بن مالك قرية هرمز[(٦)].. وكان عبدالله بن مسعود وسعد يعطيان أرضيهما بالثلث والربع. أخرجه أبو يوسف[(٧)].

---

(١) ينظر، ص١٧٢.
(٢) الأموال لأبي عبيد، ص٨٦.
(٣) النهربين، لغة في: النهربيل، وهي: ناحية في سواد بغداد. (مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ج٣، ص١٤٠١).
(٤) سنينيا: بعد النون المكسورة ياء ساكنة، ثم نون أخرى، ثم ياء، وألف مقصورة: قرية من نواحي الكوفة. (مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ج٢، ص٧٤٩).
(٥) صعنبى: بالفتح، ثم السكون، ونون موحدة، وباء، وألف مقصورة: قرية بالسواد. (مراصد الاطلاع، ج٢، ص٨٤١، معجم البلدان، ج٣، ص٤٠٧ ـ ٤٠٨ وقال فيه: وفي كتاب الفتوح: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه، أقطع خباب بن الأرت: قرية بالسواد يقال لها: صعنبى).
(٦) قرية هرمز: لم أجدها بهذا اللفظ، لكن في معجم البلدان، ج٥، ص٤٠٢، قال: هرمز: بضم أوله، وسكون ثانيه، وضم الميم، وآخره زاي: مدينة في البحر إليها خور وهي على ضفة ذلك البحر، وهي بر فارس، وهي فرضة كرمان إليها ترفأ المراكب، ومنها تنقل أمتعة الهند إلى كرمان وسجستان وخراسان».
وينظر أيضًا: مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، ج٣، ص١٤٥٧.
(٧) أخرجه أبو يوسف عن إبراهيم بن المهاجر، عن موسى بن طلحة قال: أقطع عثمان بن=

مناقشة هذا الاستدلال:

لقد ناقش أبو عبيد هذا الاستدلال فقال: «وأما إقطاع عثمان من أقطع من الصحابة وقبولهم إياه، فإن قومًا قد تأولوا أن هذا من السواد، وقد سألت قبيصة: هل كان فيه ذكر السواد؟ فقال: لا. فإن يكن كما تأولوا فإنه عندي من الأصناف التي كان عمر أصفاها من أرض السواد.

ثم ذكر بسنده أن عمر رضي الله عنه أصفى من السواد عشرة أصناف فعدّها ثم قال: فهذه كلها أرضون قد جلا عنها أهلُها، فلم يبقَ بها ساكنٌ ولا لها عامر فكان حكمها إلى الإمام.. فلما قام عثمان رأى أن عمارتها أرد على المسلمين وأوفر لخراجهم من تعطيلها، فأعطاها من رأى إعطاءه على أن يعمروها، كما يعمرها غيرهم، ويؤدوا عنها ما يجب للمسلمين عليهم، فأما أن يكون وجه هذا عندي على ما يحمله عليه ناس من الناس فلا»(١).

دفع هذه المناقشة:

يمكن الإجابة على هذه المناقشة بما علّق به محقق كتاب الأموال على قول أبي عبيد في هذا الموضع حيث قال: «لقد تكلّف المؤلف رحمه الله هذا تأويل كثير من الإقطاعات لتتفق مع رأيه، وخير من هذا التكلّف أنْ نقول إنَّ الأرض المفتوحة يرجع الأمر فيها إلى الإمام»(٢).

=عفان فذكره. الخراج لأبي يوسف، ص١٣٣، رقم، ١٥١ وأخرجه أبو عبيد: قال: وحدثني قبيصة عن سفيان عن إبراهيم بن مهاجر عن موسى بن طلحة: أن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبي ﷺ: الزبير، وسعدا، وابن مسعود، وأسامة بن زيد، وخباب بن الأرت قال: فكان جاري منهم ابن مسعود وخباب. الأموال ص٢٥٧، رقم ٦٩١، وأخرجه يحيى بن آدم قال حدثنا: قيس بن الربيع عن إبراهيم بن مهاجر عن موسى بن طلحة قال: أقطع عمر رضي الله عنه خمسة من أصحاب النبي ﷺ: سعد بن أبي وقاص، وعبدالله بن مسعود، وخباب، وأسامة بن زيد، قال: وأراه قال: الزبير، قال: فأما أسامة فباع أرضه. الخراج ليحيى بن آدم، ص٧٨، رقم ٢٤٨.

(١) الأموال لأبي عبيد، ص٢٦١ ـ ٢٦٢.

(٢) تحقيق وتعليق محمد خليل هراس لكتاب الأموال، ص٢٦١، حاشية رقم ٥.

وأما قوله: إنه سأل قبيصة هل كان فيه ذكر السواد؟ فقال لا، فيناقش بأنه قد ورد الأثر مفسرًا في رواية أبي يوسف؛ حيث سمَّى فيه المواضع التي أقطعت، وهي في العراق، وأما قوله: فإن يكن كما تأولَّوا فإنه عندي من الأصناف التي كان عمر أصفها من أرض السواد»، فيناقش قوله هذا بأنه لا يمنع الاستدلال بالأثر، لأنه إذا كان من أرض السواد، وأقطع لبعض الصحابة فإنه دليل على أن السواد لم يكن وقفًا بمعنى الوقف المصطلح عليه؛ إذ لو كان كذلك، لما جاز إقطاعه. والله أعلم.

الدليل الثالث: الإجماع:

وقالوا في تصويره:

إن الإمام إذا فتح أرضًا عنوة له أن يُقرَّ أهلها عليها، ويضع عليها الخراج فتبقى الأراضي مملوكة لأهلها.

والدليل على ذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم[1].

قال الكاساني مستدلًا للحنفية:

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنَّ سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الأراضي في أيديهم، وضرب على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكرٌ فكان ذلك إجماعًا»[2].

مناقشة هذا الاستدلال:

هذا الاستدلال مبنيٌّ على قول الحنفية: إنَّ للإمام أنْ يترك الأراضي

(١) الهداية، ج٤، ص٣٠٤، ٣٥٩، فتح القدير نفس الجزء والصفحة.
(٢) بدائع الصنائع، ج٧، ص١١٩.

المفتوحة عنوة بأيدي أهلها ملكًا لهم، واستدلالهم على ذلك بفعل عمر رضي الله عنه.

وقد سبقت الإجابة عليه عند الحديث عن حكم الأراضي المفتوحة عنوة[١].

الدليل الرابع: القياس:

وقد استدل به من وجوه عدة:

الأول: أنه يجوز بيعها قياسًا على جواز جعلها صداقًا؛ لأن ما جاز أن يكون صداقًا جاز أن يكون ثمنًا، وما كان ثمنًا كان مثمنًا[٢].

الثاني: أنه إذا اشتراها وعليه من الخراج ما على البائع فهو جائزٌ قياسًا على الإرث، فإنَّ الإرثَ مجمعٌ عليه: أن الوارث أحق بها بالخراج[٣].

الثالث: أنه يجوز المعاوضة عنها قياسًا على المصالحة على منافع مكانه للاستطراق، أو إلقاء الزبالة، أو وضع الجذع ونحو ذلك بعوض ناجز[٤].

الرابع: أنها أرض لهم فجاز بيعها قياسًا على أرض الصلح[٥].

أدلة القول الثالث:

استدل على جواز شراء الأراضي المفتوحة عنوة دون البيع بالأدلة التالية:

---

(١) ينظر، ص٧٧.
(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٦ ـ ٢٠٧.
(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٤.
(٤) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص٢٠٥.
(٥) المغني، ج٢، ص٧٢٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣١٥.

الدليل الأول: ما ذكره ابن قدامة: أن الإمام أحمد إنما رخَّص في الشراء والله أعلم، لأن بعض الصحابة اشترى، ولم يسمع عنهم البيع[(١)].

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن يقال: إنه إذا صحَّ الشراء صح البيعُ، لأنهما متلازمان؛ إذ لا يوجد شراء إلا إذا وجد بيع، ولا يوجد بيع إلا إذا وجد شراء، فإذا قيل بصحة الشراء، فينبغي أن يقال بصحة البيع. والله أعلم.

وأما قوله: «إن بعض الصحابة اشترى، ولم يسمع عنهم البيع».

فيناقش من وجهة نظري بأمرين:

الأول: أنه معارض بما نقله ابن قدامة نفسُه من دعوى إجماع الصحابة ﷺ على أنه لا يجوز شراء شيء من أرض سواد العراق ولا بيعه كما سبق نقل ذلك عنه، فكيف يعلّل لصحة الشراء دون البيع بأنه سمع من بعض الصحابة الشراء ولم يسمع عنهم البيع، مع أنه نقل الإجماع عن الصحابة أنه لا يجوز البيع ولا الشراء؟!

الثاني: لا نسلِّم أنه لم يسمع عنهم البيع، لأن يحيى بن آدم حين نقل أن خمسة من الصحابة ﷺ أقطعوا بعض الأراضي قال: فأما أسامة فباع أرضه[(٢)].

الدليل الثاني: أنه يجوز شراء أرض العنوة؛ لأنه كالاستنقاذ لها فهو جائز قياسًا على شراء الأسير[(٣)].

قال أبو يعلى: «ويكون هذا الشراء في الحقيقة استنقاذًا وفداء وغير

---

(١) المغني، ج٢، ص٧٢٠.
(٢) الخراج ليحيى بن آدم ص٧٨، حديث رقم: ٢٤٨.
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧، المغني، ج٢، ص٧٢٠، المبدع، ج٤، ص٢٠.

ممتنع أن يقع العقد على وجه الاستنقاذ فيكون جائزًا في حق الباذل للعوض، وهو ممنوع منه في حق الآخذ، بدليل فكِّ الأسير من أيدي المشركين بعوض بذله لهم، فهو استنقاذ وفداء مباح من جهة الباذل، ومحرم من جهة الآخذ، وهما سواء، لأن ذلك العقد مع مشرك، وكذلك هاهنا سبب عقد الخراج مع المشركين»[(١)].

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش:

بأن الأسير المسلم لا يملكه الكفار، فيكون بذل المال للكافر جائزًا ويكون أخذ الكافر له حرامًا، لأنه أخذ عوض عمَّا لا يملكه.

بخلاف أرض العنوة فهي ملك لهم عند من يقول بذلك، فيكون أخذ المال عنها جائزًا في حقهم لا حرامًا.

دليل القول الرابع

استدلَّ أبو يعلى للرواية الرابعة في مذهب الحنابلة، وهي الصحة عند الحاجة بقياس صحة بيعها عند الحاجة على بيع العرايا فقال:

«لأنَّ للحاجة تأثيرًا في جواز البيع، بدليل بيع العرايا، وهو بيع رطب بتمر خرصا، يجوز للحاجة إلى شراء الرطب، وإن كان ممنوعًا منه في غير العرايا»[(٢)].

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يلي:

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٦.
(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٦.

١ ـ أن قياس بيع الأرض المفتوحة عنوة على بيع العرايا هو قياس مع الفارق، لأن الأصل أن لا يباع الرطب بالتمر لما فيه من الربا، لكنه استثنى لوجود الدليل الخاص.

وأما أرض العنوة فلأن العلّة عند من منع بيعها هو كونها وقفًا، ولأن بيع العرايا معدولٌ به عن قاعدة القياس فلا يقاس عليه، لأن الخارج عن القياس لا يقاس عليه(١).

٢ ـ أن الأصل المقيس عليه ـ وهو بيع العرايا ـ مختلفٌ في حكمه(٢)، ومن شروط صحة القياس أن يكون الحكم في الأصل متفقًا عليه(٣). والله أعلم.

الترجيح:

من خلال ما سبق من عرض لأدلة كل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الثاني، فيكون بيع الأرض المفتوحة عنوة وشراؤها صحيحًا، وترجيح هذا القول يرجع إلى عدة أسباب:

السبب الأول: قوة بعض أدلته؛ حيث أجيب عن الاعتراضات الموجهة إليها، وسلم بعضها الآخر من المناقشة.

---

(١) قال الشوكاني في إرشاد الفحول، ص٢٠٦، عند بيان الشروط التي لا بد من اعتبارها في الأصل: العاشر: أن لا يكون معدولًا به عن قاعدة القياس كشهادة خزيمة، وعدد الركعات، ومقادير الحدود، وما يشابه ذلك؛ لأن إثبات القياس عليه إثبات الحكم مع منافيه، وهذا معنى قول الفقهاء: الخارج عن القياس، لا يقاس عليه.

(٢) انظر اختلاف الفقهاء في حكم بيع العرايا في: الأصل، ج٥، ص٦٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٩٤، بداية المجتهد، ج٢، ص٢١٦، الأم، ج٣، ص٥٣، المغني، ج٤، ص٦٥.

(٣) قال الشوكاني في إرشاد الفحول، ص٢٠٥: «ولا يكون القياس صحيحًا إلا بشروط اثني عشر لا بد من اعتبارها في الأصل، ثم قال الشرط السابع: أن يكون الحكم في الأصل متفقًا عليه، لأنه لو كان مختلفًا فيه احتيج إلى إثباته أولًا».

السبب الثاني: ضعف أدلة الأقوال الأخرى؛ حيث أجيب عنها كما سبق.

السبب الثالث: أنَّ مما يؤيد ترجيح هذا القول ما رواه ابن أبي ليلى قال: اشترى الحسن بن علي ملحة أو مُلحًا، واشترى الحسين من أرض الخراج، وقال: قد ردَّ إليهم عمر أرضيهم وصالحهم على الخارج الذي وضعه عليهم. أخرجه يحيى بن آدم[(١)].

السبب الرابع: أن هذا هو الذي عليه عملُ المسلمين قديمًا وحديثًا، ولا فائدة في المنع من بيعها، بل فيه ضرر كثير[(٢)]. والله أعلم.

مسألة: حكم بيع أرض العنوة عند من يمنع بيعها:

تحدثت في المطلب السابق عن أقوال الفقهاء في حكم بيع الأراضي المفتوحة عنوة وأدلة كل قول وما أورد عليها من مناقشة والترجيح.

وبقي هنا مسألة وهي: ما حكم البيع إذا وقع فعلًا عند القائلين بعدم صحة بيعها؟

والإجابة على هذه المسألة هي:

أن القائلين بعدم صحة بيع الأراضي المفتوحة عنوة قد قالوا: إن هذه الأراضي إذا بيعت فحكم بصحة البيع حاكمٌ صح ذلك البيع؛ لأنه مختلفٌ فيه، فصح بحكم الحاكم كسائر المجتهدات.

كما قرَّر بعضهم: أن الإمام إذا باع شيئًا لمصلحة رآها، مثل أن يكون في الأرض ما يحتاج إلى عمارة لا يعمرها إلا من يشتريها صحَّ أيضًا؛ لأن فعل الإمام كحكم الحاكم[(٣)].

* * *

---

(١) الخراج ليحيى بن آدم، ص٥٧، رقم: ١٧١.

(٢) المختارات الجلية، ٧٠.

(٣) منح الجليل، ج٣، ص١٨٠، المغني، ج٢، ص٧٢٣، المبدع، ج٤، ص٢١،=

المطلب الثاني: حكم بيع المساكن التي بأرض العنوة:

المساكن الموجودة بأرض العنوة قد تكون موجودةً عند الفتح، وقد تكون محدثة بعد الفتح وآلتها من أرض العنوة، وقد تكون محدثةً بعد الفتح والتها من غير أرض العنوة.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيعها على أقوال:

القول الأول: صحة بيعها مطلقًا(١).

وبه قال الشافعيةُ على الصحيح من مذهبهم(٢)، وهو القول الراجح عند الحنابلة(٣)، وهو مقتضى مذهب الحنفية(٤).

القول الثاني: لا يصح بيعها.

=الإقناع، ج٢، ص٦٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٥٩، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٣٤٢.

(١) أي سواء كانت موجودة عند الفتح أو محدثة بعد الفتح وآلتها من أرض العنوة، أو محدثة بعد الفتح وآلتها من غير أرض العنوة.

(٢) الأم، ج٤، ص١٨١، روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، المهذب، ج٢، ص٢٦٦، المنهاج، ج٤، ص٢٣٥، التكملة الثانية للمجموع، ج١٩، ص٤٥٥.

(٣) المقنع، ج٢، ص٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧، المغني، ج٢، ص٧٢٥، المحرر، ج٢، ص١٨٠، الفروع، ج٤، ص٤٠، المبدع، ج٤، ص١٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٧، الإقناع، ج٢، ص٦٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٥٨، الروض المربع، ج٤، ص٣٤٣.

(٤) لم أجد للحنفية نصًا صريحًا في حكم بيع المساكن الموجودة بأرض العنوة، غير أن قياس مذهبهم يقتضي صحة بيعها؛ لأنهم أجازوا بيع الأراضي المفتوحة عنوة مع قوة الخلاف في منع بيعها فمن باب أولى أن يقولوا بصحة بيع المساكن مع أن الخلاف فيها أقل من أرض العنوة. والله أعلم.

وهو القول الثاني عند الشافعية(١)، وأحد الأقوال عند الحنابلة(٢).

القول الثالث: يمنع بيع الموجود منها عند الفتح وبقي على حالته، ويصح بيع ما عداه، وهو قول المالكية(٣)، وأحد الأقوال عند الحنابلة(٤).

القول الرابع: إن كانت وآلتها من أجزاء أرض العنوة فلا يصح البيع، وإن كانت من غيرها صح، وهو قول عند الشافعية(٥) والحنابلة(٦).

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل عليه بأن: الصحابة ﷺ اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر رضي الله عنه، وبنوها مساكن، وتبايعوها من غير نكير فكان إجماعًا على جواز بيع المساكن في الأراضي المفتوحة عنوة(٧).

---

(١) المهذب، ج٢، ص٢٦٦، مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٧٤، التكملة الثانية للمجموع، ج١٩، ص٤٥٥.
(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٦، الفروع، ج٤، ص٤٠، المبدع، ج٤، ص١٩، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٧.
(٣) المدونة، ج٤، ص٢٧٣، الفروق، ج٤، ص٥، الشرح الصغير، ج١، ص٧٦٢، منح الجليل، ج٣، ص١٨٠، قرة العين، ص٢٦٧.
(٤) الفروع، ج٤، ص٤٠، المبدع، ج٤، ص١٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٧.
(٥) مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦.
(٦) الفروع، ج٤، ص٤٠، المبدع، ج٤، ص١٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٧.
(٧) روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧، المغني، ج٢، ص٧٢٥، المبدع، ج٤، ص١٨، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٨، كشاف القناع، ج٣، ص١٥٨، الروض المربع، ج٤، ص٣٤٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٤.

ما استدل به على القول الثاني:

استدل القائلون بمنع البيع بدليلين:

الأول: أنَّ البناء تبعٌ للأرض، والأرضُ موقوفةٌ، فلو جاز البيع لكان فيه ذريعة إلى أخذ العوض عن الأرض، والذرائع معتبرة في الأصول[١].

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش بما يلي:

١ ـ أن القول بوقف المنازل تبعًا للأرض يُفضي إلى خراب المنازل[٢].

٢ ـ أن المنازل لم توقف في زمن عمر رضي الله عنه، ويدل على هذا أنه لم يفرض عليها خراج، ولو كانت وقفًا لفرض عليها الخارج كما فرض على المزارع[٣].

٣ ـ ولأن البناء ملك لصاحبه لم يدخل في الوقف فجاز له بيعه[٤].

٤ ـ أن القول بأن البناء تبع للأرض والأرض موقوفة ففي إجازة البيع ذريعة، هو قول محلُ نظر؛ لأنه مبني على أن الأرض موقوفة بمعنى الوقف المصطلح عليه، وقد سبق بيان ضعف هذا القول، ولذا يكون ما بني عليه ضعيفًا لضعف أصله.

الدليل الثاني: أنه يمنع بيعُ المساكن قياسًا على المزارع[٥].

---

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٧، الفروع، ج٤، ص٤٠، المبدع، ج٤، ص١٩، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٧.

(٢) المهذب، ج٢، ص٢٦٦، مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦، التكملة الثانية للمجموع، ج١٩، ص٤٥٥.

(٣) مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٧٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٦.

(٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٧.

(٥) مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦.

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال من وجوه:

الأول: أنه قياس مع الفارق، لأنَّ وقف المزارع لا يؤدي إلى خرابها بخلاف وقف المنازل؛ فإنه يؤدي إلى خرابها.

الثاني: أنه قياس في مقابل ما ذكر من الإجماع على جواز البيع، فلا يؤخذ به. قال أبو عبيد رَحِمَهُ اللَّهُ:

«وإنما كان اختلافُهم في الأرضين المغلة التي يلزمها الخراج من ذوات المزارع والشجر، فأما المساكن والدور بأرض السواد، فما علمنا أحدًا كره شراءها وحيازتها وسكناها، وقد اقتسمت الكوفة خططًا في زمن عمر بن الخطاب، وهو إذن في ذلك من أكابر أصحاب رسول الله ﷺ، رجال: منهم سعد بن أبي وقاص، وعبدالله بن مسعود، وعمار، وحذيفة، وسلمان، وخباب، وأبو مسعود، وغيرهم.

ثم قدمها علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فيمن معه من أصحابه، فأقام بها خلافته كلها، ثم كان التابعون بعد بها، فما بلغنا أن أحدًا منهم ارتاب بها، ولا كان في نفسه منها شيء، بحمد الله ونعمته، وكذلك سائر السواد، والحديث في هذا أكثر من أن يحصى»[١].

الثالث: أنه قياس على أصل مختلف في حكمه، ومن شروط صحة القياس أن يكون الأصل المقيس عليه متفقًا على حكمه.

دليل القول الثالث:

استدل على منع بيع المنازل الموجودة عند الفتح بأنها وقف فلا يصح

---

(١) الأموال لأبي عبيد، ص٨٦ ـ ٨٧.

بيعها، ولا يتصرف فيها تصرف الملاك، وهذا ما دامت باقية بأبنيتها التي فتحت عليها، فإن تهدمت وجدد فيها بناء جاز بيعها؛ لأنها حينئذٍ مملوكة[١].

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال بما يلي:

١ ـ أنه مبني على أن ما فتح عنوة من أرض ومساكن هو وقف بمجرد الاستيلاء عليه، وهذا محل نظر؛ لأن المسألة خلافية على ما مرّ.

٢ ـ أن عمر رضي الله عنه لو كان وقف الأراضي والمساكن المفتوحة عنوة في عهده لكان ينبغي أن يفرض على المساكن فرضًا، لأنه إذا قيل: إن الخراج المفروض على الأرض أجرة، لكان ينبغي إكراء المساكن أيضًا، ولو قيل: إن الخراج المفروض ثمن للأرض لكان ينبغي أيضًا بيع المساكن[٢].

٣ ـ أنه على فرض أن المساكن الموجودة زمن الفتح تكون وقفًا، فإن ذلك لا يمنع بيعها؛ لأنه ليس معناه الوقف المصطلح عليه، وإنما معناه تركها على حالها وعدم قسمتها[٣].

دليل القول الرابع:

القول الرابع يرى أنه إذا كانت آلة المنازل التي بنيت بها هي من أجزاء أرض العنوة، فلا يصح بيعها، وإن كانت من غيرها صحَّ.

ويظهر أن هذا القول مبنيٌّ على أن البناء في العادة يكون من تراب

(١) الشرح الصغير، ج١، ص٧٦٢، منح الجليل، ج٣، ص١٨٠.
(٢) ينظر في هذا المعنى: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٥.
(٣) ينظر في هذا المعنى: أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٤.

الأرض الوقف، فلم يصح بيعه؛ لأنه من جملته، فإن كان من غير أرض الوقف صحَّ حينئذٍ.

ويناقش هذا الاستدلالُ بأن معنى وقفها، ليس هو الوقف المصطلح، بل معناه تركها بحالها لم تقسم، كما سبق بيانه.

الترجيح:

من خلال ما سبق من عرض ما استدل به على كلِّ قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته منها يظهر ـ والله أعلم ـ رجحان القول الأول فيكون بيع المساكن الموجودة بأرض العنوة صحيحًا.

وسبب الترجيح:

١ ـ قوة دليل هذا القول؛ إذ لم أجد له مناقشة تذكر.

٢ ـ ضعف ما استدل به على الأقوال الأخرى؛ حيث أجيب عنها كما سبق.

* * *

المطلب الثالث: حكم بيع الأراضي غير أرض العنوة:

الأراضي تنقسم إلى أقسام:

١ ـ ما فتح عنوة.

٢ ـ ما فتح صلحًا.

٣ ـ ما أسلم عليه أربابه.

٤ ـ ما جلى عنه أهله.

٥ ـ ما استأنف المسلمون إحياءه.

فأما الأراضي المفتوحة عنوة فقد سبق قريبًا بيانُ حكم بيعها.

وأما الأقسام الأخرى فحكم بيعها على النحو التالي:

أولًا: الأراضي المفتوحة صلحًا

الأراضي المفتوحة صلحًا تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يقع عقد الصلح على أن الأرض للمسلمين، وتقر في أيدي الكفار بخراج يؤدونه عنها، فهذه الأرض تصير بهذا الصلح وقفًا على المسلمين عند الجمهور(١).

القسم الثاني: أن يقع عقد الصلح على أنَّ الأرض للكفار، ويفرض عليها خراج يؤدونه عنها، فهذه تبقى ملكًا لهم، ولهم بيعها(٢).

---

(١) المدونة، ج٤، ص٢٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج١، ص٤٨٣، الأم، ج٤، ص١٨٢، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٨، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٤، المغني، ج٢، ص٧١٩، ويلاحظ هنا: أنه سبق عند الحديث عن حكم بيع الأرض المفتوحة عنوة بيان معنى الوقف في الأراضي المفتوحة، وأنه ليس المراد منه الوقف المصطلح عليه الذي يمنع البيع، وإنما معناه: تركها على حالها وعدم قسمتها. وبناء على ذلك فإن القول بعدم جواز بيعها محل نظر، ولعلَّ الأرجح جواز أخذ المعاوضة عنها، على ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، ولهذا حين تحدث شيخ الإسلام عن حكم شراء أرض الخراج: أطلق القول، وبين جواز أخذ المعاوضة عنها، وهذه من أراضي الخراج.
وقال ابن القيم في أحكام أهل الذمة، ج١، ص١٠٦: «النوع السادس: أرض صالحناهم على نزولهم عنها، وتكون ملكًا لنا، وتقر في أيديهم بالخراج، فحكم هذه الأرض إيضًا حكم أرض العنوة، أنها تصير وقفًا للمسلمين، وتقر في أيديهم بالخراج، ولا يسقط الخراج بالإسلام، ولا يمنعون من المناقلة فيها، ويكون ذلك مناقلة عن حقِّ الاختصاص، لا بيعًا لرقبة الأرض؛ إذ ليست ملكًا لهم، وغنمًا يعاوضون عني منفعة الاختصاص، وليس في ذلك إبطال حق المسلمين من رقبة الأرض ولا نفعها، فلا يمنعون منه». وقد سبق أنْ بين عند حديثه عن أرض العنوة، ج١، ص١٠٤: أنه يجوز بيعها، وأن معنى وقفها: تركها على حالها لم يقسمها بين الغانمين. والله أعلم.

(٢) النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٤، مجمع الأنهر، ج١، ص٦٦٢، اللباب في شرح=

ثانيًا: الأراضي التي أسلم عليها أربابها:

وأما الأراضي التي أسلم أهلها عليها فهذه الأراضي ملك لأربابها لهم حق التصرف فيها بالبيع والشراء وغير ذلك(١).

ثالثًا: الأراضي التي جلى عنها أهلها:

اختلف الفقهاء في حكمها على قولين:

الأول: أن هذه الأراضي تعتبر وقفًا على المسلمين.

الثاني: أن الإمام مخيّر فيها بين قسمه لها على الغانمين، ووقفه إياها على المسلمين، كما سبق بيان ذلك.

وبناء على القول الأول: لا يجوز بيع رقاب الأرض، وإنما يجوز بيع ما استحدث فيها من نخل أو شجر(٢).

وأما على القول الثاني، فإنها إن قسمت بين الغانمين تكون ملكًا لهم يجوز لهم بيعها.

وإن لم تقسم بل تركت وقفًا على المسلمين فهي حينئذٍ لا يجوز بيعها؛ لأنه لا يجوز بيع الوقف(٣).

=الكتاب، ج٤، ص١٣٩، المدونة، ج٤، ص٢٧٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج١، ص٤٨٣، الأم، ج٤، ص١٨٢، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٨، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٦٤، المغني، ج٢، ص٧١٩.

(١) مختصر القدوري، ج٤، ص١٣٨، النتف في الفتاوى، ج١، ص١٨٣، مجمع الأنهر، ج١، ص٦٦١، النور البادي في أحكام الأراضي الورقة: ٢، المغني، ج٢، ص٧١٦، الأموال لأبي عبيد، ص٥٧.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٣٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٤٨.

(٣) ينبغي أن يلاحظ أن ما سبق بيانه في معنى وقف الأرض المفتوحة صلحًا في الحاشية رقم (١)، ص١٩٥، ينطبق على معنى وقف الأرض التي جلا عنها أهلها. وأن معنى وقفها ترك قسمتها فيجوز أخذ المعاوضة عنها. والله أعلم.

رابعًا: ما استأنف المسلمون إحياءه:

سبق في الفصل الثاني من الباب التمهيدي بيان أقسام الأراضي، وما يكون منها مواتًا، وما يكون غير موات[(١)]، وعليه فمن أحيا أرضًا مواتًا فهي له ـ إذا توفرت شروط الإحياء ـ له التصرّف فيها بالبيع وغيره[(٢)]، لقوله ﷺ «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»[(٣)]، وغير ذلك من الأحاديث التي في معناها.

* * *

المطلب الرابع: حكم بيع أرض مكة وبنائها:

يتناول الحديث في هذا المطلب: حكم بيع الأراضي الزراعية، وحكم بيع الدور.

١ ـ الأراضي الزراعية:

نصَّ شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله على أنه لم يمنع أحد بيعها فقال في أثناء ردِّه على من قال إنه لا يصح بيع أرض مكة وإجارتها لكونها فتحت عنوة: «الثالث: أن مزارع مكة ما علمت أحدًا من أصحابنا ولا غيرهم منع بيعها، أو إجارتها، وإنما الكلام في الرباع، وهي المساكن لا المزارع»[(٤)].

هذا ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله غير أني فهمت من كلام

---

(١) ينظر ص٧٩.

(٢) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٨٣، الهداية، ج٨، ص١٣٧، النتف في الفتاوى، ج٢، ص٦٢٦، الشرح الصغير، ج١، ص٧٦٣، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٦٨، منح الجليل، ج٣، ص١٨٠، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٧٧، الوجيز، ج١، ص٢٤١، فتح الوهاب، ج١، ص٢٥٣، مختصر الخرقي، ص٦٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٠٩، كشف المخدرات، ص٣٠٣.

(٣) سبق تخريجه، ص٤٤.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢١١.

المالكية أنهم يجرون الخلاف فيها حيث أطلق خليلٌ القول بوقفية الأرض المفتوحة عنوة فقال: «ووقفت الأرض: كمصر، والشام، والعراق»[(١)].

وجاء في شرحه «منح الجليل»[(٢)].

«ووقفت.. الأرض غير الموات، وهي الأرض الصالحة لزراعة الحب، والمبنية دورًا ونحوها».

وقال في «الشرح الصغير»[(٣)]:

«ووقفت الأرض غير الموات من أرض الزراعة بمجرد الاستيلاء عليها.. كأرض مصر والشام والعراق من كل ما فتح عنوة».

ومكة فتحت عنوة عند المالكية.

قال القرافي في أثناء حديثه عن كراء دور مكة وبيعها:

«ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوة»[(٤)].

٢ ـ حكم بيع دور مكة:

اختلف[(٥)] الفقهاء في بيعها على أقوال:

(١) ج٣، ص١٨٠ ـ ١٨٢.
(٢) ج٣، ص١٨٠.
(٣) ج١، ص٧٦٢.
(٤) الفروق، ج٤، ص٤.
(٥) ذكر أكثر الفقهاء أن السبب في الاختلاف في حكمها يرجع إلى كونها فتحت صلحًا أو عنوة، انظر في ذلك: الفروق، ج٤، ص٤، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٠٤، المنهاج، ج٤، ص٢٣٦، الغاية القصوى في دراية الفتوى، ج٢، ص٩٥٢، روضة الطالبين، ج١٠، ص٢٧٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٨٩، الإفصاح، ج١، ص٣٥٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٢١، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٨. =

القول الأول: يصح البيع، وبه قال الشافعية[١]، والظاهرية[٢]، وأبو حنيفة في إحدى الروايات اختارها صاحباه[٣]، والإمام مالك في رواية[٤]، والإمام أحمد في الرواية غير المشهورة عنه[٥].

القول الثاني: لا يصح البيع، وبه قال أبو حنيفة في رواية عنه[٦]،

= وقد تبيّن لي أن ثمة سببًا آخر قد أشار إليه بعض العلماء هو: كونها أرض المشاعر التي يشترك في استحقاق الانتفاع بها جميع الناس، فمكة تختص عن سائر البلاد بكونها: دار النسك، ومتعبد الخلق، وقد جعلها الله تعالى حرمًا سواء العاكف فيه والباد. راجع: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢١٢، زاد المعاد، ج٢، ص١٧٤، القواعد لابن رجب، ص٢٨٨، فتح الباري، ج٨، ص١٢، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص١٦٧.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٦٤، المهذب، ج١، ص٢٦٩، المجموع، ج٩، ص٢٤٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٣١٨، ج١٠، ص٢٧٥، الغاية القصوى في دراية الفتوى، ج٢، ص٩٥٢، مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦، نهاية المحتاج، ج٨، ص٧٥.

(٢) المحلىٰ، ج٧، ص٤١١، ج٩، ص٦٩٥.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٨٢، الهداية، ج٨، ص١٢٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٦، شرح معاني الآثار، ج٤، ص٥١، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٣٧، شرح متن الوقاية لصدر الشريعة، ج٢، ص٢٣٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٤٧، الدر المنتقى، ج٢، ص٥٤٧.

(٤) المقدمات الممهدات، ص٦٦٧، الفروق، ج٤، ص٤، تهذيب الفروق، ج٤، ص١٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٠٤، قرة العين، ص٢٦٧.

(٥) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٩١، المقنع، ج٢، ص٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٦، المغني، ج٤، ص٢٨٩، الإفصاح، ج١، ص٣٥٥، المحرر، ج٢، ص١٨٠، المبدع، ج٤، ص٢١، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٩.

(٦) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٨٢، الهداية، ج٨، ص١٢٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٦، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٣٧، شرح متن الوقاية لصدر الشريعة، ج٢، ص٢٣٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٤٧، الدر المنتقى، ج٢، ص٥٤٧.

ومالك في رواية[(١)]، وأحمد في الرواية المشهورة عنه[(٢)]، وممن قال بهذا القول: عطاء، ومجاهد، وسفيان الثوري[(٣)]، وأبو عبيد[(٤)].

القول الثالث: يكره البيع، وبه قال الإمام مالك في رواية[(٥)].

القول الرابع: يصح بيع البناء دون الأرض، وبه قال أبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه[(٦)]، واختاره ابن القيم من الحنابلة[(٧)].

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل على القول الأول بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ﴾[(٨)].

وجه الاستدلال بالآية:

أن الله سبحانه وتعالى قد أضاف الديار إلى أصحابها، في قوله تعالى:

---

(١) المقدمات الممهدات، ص٦٦٧، الفروق، ج٤، ص٤، تهذيب الفروق، ج٤، ص١٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٠٤، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ص١٦٨.
(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٨٩، الإفصاح، ج١، ص٣٥٥، المقنع، ج٢، ص٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧، المحرر، ج٢، ص١٨٠، المبدع، ج٤، ص٢١، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٨، الإقناع، ج٢، ص٦٣.
(٣) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٤٩.
(٤) الأموال، ص٦٨، المغني، ج٤، ص٢٨٨.
(٥) المقدمات الممهدات، ص٦٦٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٠٤.
(٦) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٨٢، الهداية، ج٨، ص١٢٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٦، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٣٧، شرح متن الوقاية لصدر الشرعية، ج٢، ص٢٣٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٥٤٧.
(٧) زاد المعاد، ج٢، ص١٧٥.
(٨) سورة الحشر، آية: ٨.

﴿مِن دِيَـٰرِهِمْ﴾، والإضافة تقتضي الملك[١]، ولو كانت الديار ليست بملك لهم لما كانوا مظلومين في الإخراج من دور ليست بملك لهم[٢].

قال الإمام الشافعي رحمه الله في مناظرته لإسحاق بن راهوية في تأجير دور مكة بعد إيراده الآية: أفتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين؟

فقال له إسحاق: إلى مالكين.

قال الشافعي: قول الله أصدق الأقاويل[٣].

مناقشة هذا الاستدلال:

قد يناقش هذا الاستدلال بأن الإضافة لليد والسكنى[٤]، كما في قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ﴾[٥] فلا تفيد الملك بل يكون لهم حق الانتفاع بها بالسكنى فيها، وليس لهم حق المعاوضة عليها بالبيع.

وقد أجيب على هذه المناقشة:

بأن حقيقة الإضافة تقتضي الملك، ولهذا لو قال شخص: هذه الدار لزيد، حكم بملكها لزيد، ولو قال: أردت به السكنى واليد لم يقبل[٦].

الدليل الثاني: ما رواه أسامة بن زيد رضي الله عنهما أنه قال: «يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة؟ فقال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور»، وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي شيئًا؛ لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين». متفق عليه[٧].

---

(١) المجموع، ج٩، ص٢٤٩، زاد المعاد، ج٢، ص١٧٥.
(٢) فتح الباري، ج٣، ص٤٥٠ ـ ٤٥١.
(٣) المجموع، ج٩، ص٢٥٠.
(٤) المجموع، ج٩، ص٢٤٩.
(٥) سورة الأحزاب، آية: ٣٣.
(٦) المجموع، ج٩، ص٢٤٩.
(٧) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها، ج٢، ص١٨١،=

وجه الاستدلال بالحديث:

أنه قد دلَّ الحديث على أن دور مكة مملوكةٌ لأهلها تورث عنهم، ويصح لهم بيعها والتصرف فيها[(١)].

المناقشة:

نوقش الاستدلالُ بالحديث بأنه:

لا يدل على ميراث الأرض، لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي، كما لو كانت الأراضي موقوفةً، والأبنية عليها مملوكة[(٢)].

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن:

الحديث يدل على ميراث الأرض قطعًا؛ إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال: وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور، والرباع: جمع ربع: وهو الدار والمحلة والمنزل، كذا في «القاموس» وغيره.

ولا شك أنَّ كلاًّ من الدار والمحلة والمنزل اسمٌ لما يشمل البناء والعرصة التي هي الأرض، فكان معنى قوله عليه السلام: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور؟»: ما ترك لنا شيئًا من البناء والأرض، فدلَّ الحديث على ميراث الأرض[(٣)].

الدليل الثالث: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه في قصَّة فتح مكة قال: فجاء أبو سفيان فقال: يا رسول الله أبيدت[(٤)] خضراء قريش، لا قريش بعد اليوم،

=صحيح مسلم، كتاب الحج، باب نزول الحاج بمكة وتوريث دورها، ج٩، ص١٢٠ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٥٠، شرح النووي لصحيح مسلم، ج٩، ص١٢٠، المجموع، ج٩، ص٢٤٩، المغني، ج٤، ص٢٨٩.

(٢) نتائج الأفكار، ج٨، ص١٣٠.

(٣) نتائج الأفكار، ج٨، ص١٣٠.

(٤) كذا في هذه الرواية وفي رواية أخرى عند مسلم أيضًا: أبيحت. =

قال رسول الله ﷺ: من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن..». رواه مسلم[(١)].

وجه الاستدلال بالحديث:

أن النبي ﷺ قد أضاف دورَ مكةَ إلى أهلها في قوله: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، فدل ذلك على ملكهم لها، لأن أصل الإضافة إلى الآدميين تقتضي الملك، وما سوى ذلك مجاز[(٢)].

الدليل الرابع: الأثر: وقد استدلوا على صحة البيع من الأثر بما يلي:

١ ـ ما رواه البيهقي: «أن نافع بن عبد الحارث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربع مائة». وفي رواية بأربعة آلاف درهم[(٣)].

وهذا الأثر المشهور صريح في أن دور مكة ملكٌ لأهلها فيصح لهم بيعها[(٤)].

٢ ـ ولأن معاوية رضي الله عنه اشترى من حكيم بن حزام دارين بمكة، إحداهما بستين ألفًا، والأخرى بأربعين ألفًا[(٥)].

= قال النووي في شرح صحيح مسلم، ج١٢، ص١٢٧: وهما متقاربان: أي: استؤصلت قريش بالقتل وأفنيت، وخضراؤهم بمعنى جماعتهم، ويعبر عن الجماعة المجتمعة بالسواد والخضرة، ومنه السواد الأعظم.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة، ج١٢، ص١٢٧.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، ج١٢، ص١٢٧.

(٣) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، ج٦، ص٣٤.

(٤) المجموع، ج٩، ص٢٤٩، المغني، ج٤، ص٢٨٩، المبدع، ج٤، ص٢١.

(٥) ورد الاستدلال به في المغني، ج٤، ص٢٨٩، المبدع، ج٤، ص٢١.
ولم أجده بهذا اللفظ لكن أخرج البيهقي في السنن الكبرى، ج٦، ص٣٥ بسنده قال: باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف فقال عبدالله بن=

مناقشة الاستدلال بهذين الأثرين:

ناقش الاستدلال بهما صاحب «المبدع»[(١)]، فقال: «إن ذلك كان على سبيل الاستنقاذ، مع أن عمر اشترى ذلك لمصلحة، وجعله سجنًا، يؤيده فعله ذلك في أرض السواد».

ويجاب عن هذه المناقشة من وجهة نظري بأمور:

الأول: أن قوله: «إن ذلك كان على سبيل الاستنقاذ» غير مسلَّم؛ لأن الاستنقاذ يكون في شراء المسلم الأرض من الكافر، أما شراء المسلم الأرض من المسلم فلا يكون استنقاذًا للأرض.

الثاني: أن قوله: إنَّ شراء عمر الدار كان لمصلحة عامة حيث جعلت سجنًا لا يدل على تخصيص الجواز بهذه الحالة فقط؛ لأنه لا دليل على التخصيص؛ إذ الأصل العموم حتى يرد ما يدل على التخصيص.

الثالث: أن قوله: يؤيده فعله ذلك في أرض السواد، هو محل نظر لأمرين:

الأول: أن فعل عمر في أرض السواد قد اختلف فيه، فمنهم من قال: إن تركه قسمة سواد العراق يدل على أنه جعله وقفًا، ومنهم من قال: إن تركه له في أيدي أصحابه كان على سبيل التمليك، كما سبق بيان ذلك.

الثاني: أنه لا يصح أن تلحق أرض مكة بأرض سواد العراق؛ لأن مكة قد اختلف في فتحها هل كان صلحًا أو عنوة، وأما العراق فلا خلاف أنها فتحت عنوة.

ولأن مكة قد اختصت عن سائر البلاد بكونها دارَ النسك ومتعبدَ الخلق.

=الزبير يا أبا خالد بعت مأثرة قريش وكريمتها، فقال: هيهات يا ابن أخي ذهبت المكارم، فلا مكرمة اليوم إلا الإسلام، قال: فقال اشهدوا أنها في سبيل الله تبارك وتعالى، يعني الدراهم.

(١) ج٤، ص٢١.

الدليل الخامس: الإجماع: وبيانه: أن الصحابة ﷺ كانت لهم دورٌ بمكة، فمنهم من باع، ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم، ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم بالبيع وغيره من غير إنكار فكان إجماعًا[(١)].

قال ابن قدامة رحمه الله في أثناء استدلاله لهذا القول:

«ولأن أصحاب النبي ﷺ كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان، وسائر أهل مكة، فمنهم من باع، ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم.. ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره، ولم ينكره منكر فكان إجماعًا، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم إليهم فقال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن»[(٢)]، وأقرَّهم في دورهم ورباعهم، ولم ينقل أحدًا عن داره، ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم، وكذلك من بعده من الخلفاء، حتى أن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع»[(٣)].

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة دعوى الإجماع عل صحة بيع دور مكة أن هذه الدعوى محل نظر؛ لأن الخلاف في المسألة مشهورٌ، فلو كانت من المسائل المتفق عليها لما جاز مخالفة الإجماع. والله أعلم.

الدليل السادس: القياس: وقالوا في تصويره: إنها أرضٌ حيَّة ليست موقوفة فجاز بيعها قياسًا على غيرها من الأرض[(٤)].

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٦٤، المغني، ج٤، ص٢٨٩.
(٢) سبق تخريجه، ص٢٠٣.
(٣) المغني، ج٤، ص٢٨٩ ـ ٢٩٠.
(٤) المجموع، ج٩، ص٢٥٠، الكافي في فقه الإمام أجمد، ج٢، ص٦، المغني، ج٤، ص٢٩٠.

ويناقش بأن قولهم: إنها غير موقوفة، محل نظر؛ لأن من العلماء من قال بوقفها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بالمنع بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾[(١)].

وجه الاستدلال بالآية:

أن قوله سبحانه وتعالى في الآية: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾، المراد به: جميع الحرم، لكثرة إطلاقه عليه في النصوص[(٢)]، كما في قوله تعالى: ﴿سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾[(٣)]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْـًٔا وَلَمْ يُظَٰهِرُوا۟ عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوٓا۟ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَّقِينَ﴾[(٤)].

مناقشة الاستدلال بالآية:

نوقش هذا الاستدلال بأنه ليس المراد بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ جميع الحرم، بل المراد به المسجد خاصة، وهو الذي حول الكعبة، ولو كان المراد به: جميع أرض الحرم، لكان لا يجوز لأحد أن ينشد في دور مكة وفجاجها ضالة، ولا ينحر فيها البدن، ولا يلقى فيها الأرواث، ولكن هذا في المسجد خاصة[(٥)].

---

(١) سورة الحج، آية: ٢٥.
(٢) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٥١. المجموع، ج٩، ص٢٤٨، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٩.
(٣) سورة الإسراء، آية: ١.
(٤) سورة: التوبة، آية: ٧.
(٥) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٥١، المجموع، ج٩، ص٢٤٨، أضواء البيان، ج٢، ص٣٨١.

قال ابن خزيمة:

«لو كان المراد بقوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِۚ﴾ جميع الحرم، وأن اسم المسجد الحرام واقع على جميع الحرم لما جاز حفر بئر ولا قبر ولا التغوط ولا البول ولا إلقاء الجيف والنتن، قال: ولا نعلم عالمًا منع من ذلك ولا كره لحائض ولا لجنب دخول الحرم ولا الجماع فيه، ولو كان كذلك لجاز الاعتكاف في دور مكة وحوانيتها، ولا يقول بذلك أحد. والله أعلم»[(١)].

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَآ أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ رَبَّ هَـٰذِهِ ٱلْبَلْدَةِ ٱلَّذِى حَرَّمَهَا﴾[(٢)].

وجه الاستدلال بالآية:

أن المراد بالبلدة: مكة، وقد بيَّنت الآية أنَّ الربَّ سبحانه حرمها[(٣)]، والمحرَّم لا يجوز بيعه[(٤)].

مناقشة هذا الاستدلال:

وقد أجيب عن الاستدلال بالآية بأن المراد: حرَّم صيدَها، وشجرها، وخلاها، والقتال فيها، كما بيّنه ﷺ في الأحاديث الصحيحة[(٥)].

الدليل الثالث: ما رواه عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ «مكة مناخ لا تباع رباعها، ولا تؤجر بيوتها». أخرجه البيهقي[(٦)].

---

(١) فتح الباري، ج٣، ص٤٥١.
(٢) سورة النمل آية: ٩١.
(٣) فتح القدير للشوكاني، ج٤، ص١٥٦.
(٤) المجموع، ج٩، ص٢٤٨، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٩.
(٥) المجموع، ج٩، ص٢٥١، فتح القدير للشوكاني، ج٤، ص١٥٦، أضواء البيان، ج٢، ص٣٨١.
(٦) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، ج٦، ص٣٥.

فقد نصَّ في الحديث على النهي عن بيع رباع مكة، والنهي يقتضي التحريم.

مناقشة الاستدلال بالحديث:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه رواه إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه. وإسماعيل ضعيف، وأبوه غير قوي.

قال البيهقي في السنن الكبرى[(١)]: إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر ضعيف، وأبوه غير قوي، واختلف عليه فروي عنه كذا، وروي عنه عن أبيه، عن مجاهد، عن عبدالله بن عمرو مرفوعًا ببعض معناه.

وقال الحافظ ابن حجر في «تقريب التهذيب»[(٢)] ضعيف.

وقال عنه الذهبي: ضعَّفه غير واحد، ثم عدَّ من مناكيره:

حديث: مكة مناخ لا تباع رباعها[(٣)].

وقد نقل النووي الاتفاق على تضعيفه هو وأبوه فقال: هو ضعيف باتفاق المحدثين، واتفقوا على تضعيف إسماعيل، وأبيه إبراهيم[(٤)].

الإجابة عن هذه المناقشة:

تعقب ابن التركماني البيهقي في تضعيفه لحديث إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر بما نصه:

«ذكر فيه حديثًا في سنده إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر، فضعف إسماعيل، وقال عن أبيه: غير قوي، ثم أسنده من وجه آخر، ثم قال: رفعه وهم، والصحيح موقوف.

---

(١) ج٦، ص٣٥.
(٢) ج١، ص٦٦.
(٣) ميزان الاعتدال، ج١، ص٢١٢.
(٤) المجموع، ج٩، ص٢٥١، أضواء البيان، ج٢، ص٣٨١.

قلت: أخرج الحاكم في «المستدرك»[(١)] هذا الحديث من الوجهين اللذين ذكرهما البيهقي، ثم صحَّح الأول، وجعل الثاني شاهدًا عليه»[(٢)].

دفع هذه الإجابة:

وقد ردَّ هذه الإجابة صاحب «أضواء البيان» فقال:

«لا يخفى سقوط اعتراض ابن التركماني هذا على الحافظ البيهقي في تضعيفه.. لأن تصحيح الحاكم رَحِمَهُ اللَّهُ لحديث ضعيف لا يصيره صحيحًا.

وكم من حديث ضعيف صحَّحه الحاكم رَحِمَهُ اللَّهُ وتساهله رَحِمَهُ اللَّهُ في التصحيح معروف عند علماء الحديث، وإبراهيم بن مهاجر بن جابر البجلي قد يكون للمناقشة في تضعيف الحديث به وجه؛ لأن بعض العلماء بالرجال وثقه، وهو من رجال مسلم....

أما ابنه اسماعيل فلم يختلف في أنه ضعيف، وتضعيف الحديث به ظاهر لا مطعن فيه.

وقال فيه ابن حجر في «التقريب» ضعيف، فتصحيح هذا الحديث لا وجه له»[(٣)].

الدليل الرابع: حديث عبدالله بن عمرو قال: قال النبي ﷺ: مكة حرام، وحرام بيع رباعها، وحرام أجر بيوتها. «أخرجه الحاكم والدارقطني»[(٤)].

---

(١) ج٢، ص٥٣.

(٢) الجوهر النقي لابن التركماني، ج٦، ص٣٥.

(٣) أضواء البيان، ج٢، ص٣٨٢ ـ ٣٨٣.

(٤) أخرجه الحاكم في «المستدرك» كتاب البيوع، باب مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها، ج٢، ص٥٣، وسكت عنه وجعله شاهدًا لحديث ابن مهاجر، الذي سبق إيراده في الدليل الثالث.

وأخرجه الدارقطني في «سننه»، كتاب البيوع، ج٣، ص٥٧.

وقال بعد روايته له: «كذا رواه أبو حنيفة مرفوعًا، ووهم أيضًا في قوله عبيد الله بن أبي يزيد، وإنما هو ابن أبي زياد القداح، والصحيح أنه موقوف.

وهذا تصريح بتحريم بيع رباع مكة[(١)].

مناقشة هذا الاستدلال:

نوقش الاستدلالُ بالحديث بأنه ضعيف من وجهين:

أحدهما: ضعف إسناده، فإن فيه ابنَ أبي زياد، وهو ضعيف.

والثاني: أن الصواب فيه عند الحفاظ أنه موقوف على عبدالله بن عمرو، وقالوا: رفعه وهم قاله الدارقطني، وأبو عبد الرحمن السلمي، والبيهقي[(٢)].

الدليل الخامس: ما رواه عثمان بن أبي سليمان عن علقمة بن نضلة قال: كانت بيوت مكة تدعى السوائب، لم تبع في زمان رسول الله ﷺ، ولا أبي بكر ولا عمر، من احتاج سكنَ، ومن استغنى أسكن. أخرجه ابن ماجه والبيهقي[(٣)].

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

نوقش الاستدلال به من وجهين:

---

(١) الهداية، ج٨، ص١٢٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٦، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٣٨، المجموع، ج٩، ص٢٤٩، أضواء البيان، ج٢، ص٣٧٩.

(٢) المجموع، ج٩، ص٢٥١، أضواء البيان، ج٢، ص٣٨١.
وجاء في التعليق المغني على الدارقطني، ج٣، ص٥٧ ـ ٥٨ ـ بعد إيراده لسند الحديث قوله: «وذكر ابن القطان، حديث أبي حنيفة من رواية محمد بن الحسن عنه، وقال: علته ضعف أبي حنيفة، ووهم في قوله عبيد الله بن أبي يزيد، وإنما هو ابن أبي زياد، ووهم أيضًا في رفعه، وخالفه الناس، فرواه عيسى بن مونس ومحمد بن ربيعة عن عبيد الله بن أبي زياد ـ وهو الصواب ـ عن أبي نجيح عن ابن عمرو، قوله: وقد رواه القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة على الصواب، فقال فيه ابن أبي زياد، فلعل الوهم من صاحبه محمد بن الحسن». انتهى.

(٣) سنن ابن ماجه، كتاب المناسك، باب أجر بيوت مكة، ج٢، ص٣٠٧، حديث رقم: ٣١٠٧. وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، ج٣، ص٣٥.
وأخرجه: الدارقطني في «السنن» كتاب البيوع، ج٣، ص٥٨ ـ ٥٩.

أحدهما: أنه منقطع، قاله البيهقي[(١)].

والثاني: ما قاله البيهقي أيضًا وجماعة من الشافعية، وغيرهم:

إن المراد في الحديث: الإخبار عن عادتهم الكريمة في إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالإعارة تبرعًا وجُودًا.

وقد أخبر من كان أعلم بشأن مكة منه عن جريان الإرث، والبيع فيها[(٢)].

الإجابة عن هذه المناقشة:

وقد تعقب ابن التركماني في «الجوهر النقي»[(٣)] البيهقي في قوله عن الحديث إنه منقطع بقوله:

«هذا الحديث أخرجه ابن ماجه بسند على شرط مسلم، وأخرجه الدارقطني وغيره، وعلقمة هذا صاحبي، كذا ذكره علماء هذا الشأن، وإذا قال الصحابي مثل هذا الكلام كان مرفوعًا على ما عرف به، وفيه تصريح عثمان بالسماع عن علقمة، فمن أين الانقطاع؟».

دفع هذه الإجابة:

وقد ردَّت هذه الإجابة بأن «الانقطاع من حيث إن علقمة بن نضلة تابعي صغير، وزعم الشيخ ابن التركماني، أنه صحابي غير صحيح، وقد قال عنه ابن حجر في «التقريب»[(٤)]: علقمة بن نضلة.. تابعي صغير، أخطأ من عدَّه في الصحابة، وإذن فوجه انقطاعه ظاهر»[(٥)].

---

(١) السنن الكبرى، ج٦، ص٣٥.
(٢) السنن الكبرى، ج٦، ص٣٥، المجموع، ج٩، ص٢٥١، أضواء البيان، ج٢، ص٣٨١.
(٣) الجوهر النقي، ج٦، ص٣٥.
(٤) ج٢، ص٣١.
(٥) أضواء البيان، ج٢، ص٣٨٣.
وقال ابن حجر في فتح الباري، ج٣، ص٤٥٠، عند قول البخاري: «باب توريث مكة=

الدليل السادس: ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: «قلت يا رسول الله ألَا نبني لك بمنى بيتًا أو بناء يظلك من الشمس قال:

«لا. إنما هو مناخ من سبق إليه». أخرجه أبو داود والترمذي(١).

فقد نهى رسول الله ﷺ أن يجعل له فيها شيئًا يستظل به، لأنها مناخ من سبق، ولأن الناس كلهم فيها سواء.

مناقشة هذا الاستدلال:

ناقش النووي الاستدلال بحديث عائشة قائلًا: وأما حديث عائشة رضي الله عنها فإن صح كان محمولًا على الموات من الحرم، ومواضع نزول الحجيج، وهو ظاهر الحديث(٢).

ويظهر أن الإمام النووي في هذه المناقشة قد فرّق بين أرض الحرم المحياة وموات الحرم، فحمل الحديث على الموات ومواضع نزول الحجيج.

والأولى أن يناقش الحديث بأنه ليس في محل النزاع؛ لأن النزاع في مكة، والحديث في حكم البناء في منى.

=وبيعها وشرائها، وأن الناس في المسجد الحرام سواء خاصة». أشار بهذه الترجمة إلى تضعيف حديث علقمة بن نضلة قال: «توفى رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر، وما تدعى رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن». أخرجه ابن ماجه، وفي إسناده انقطاع وإرسال.

(١) سنن أبي داود، كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة، ج٢، ص٥٢١ ـ ٥٢٢.
وأخرجه الترمذي في سننه كتاب أبواب الحج، باب ما جاء في أن منى مناخ من سبق، ج٣، ص٢٣٥، وقال: هذا حديث حسن صحيح. والحديث أخرجه ابن ماجه، كتاب المناسك، باب النزول بمنى، ج٢، ص١٠٠٠، حديث رقم: ٣٠٠٦.
وأخرجه أحمد في المسند (الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج١٢، ص٢٢٠).
وأخرجه الحاكم في «المستدرك» كتاب المناسك، باب منى مناخ من سبق، ج١، ص٤٦٧، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٢) المجموع، ج٩، ص٢٥١.

قال «المحب الطبري»: لما تكلم على هذا الحديث، وقد احتج بهذا من لا يرى دور مكة مملوكة لأهلها، ثم قال:

قلت: «فيحتمل أن يكون ذلك مخصوصًا بمنى لمكان اشتراك الناس في النسك المتعلق بها، فلم يرَ رسولُ الله ﷺ لأحد اقتطاع موضع فيها لبناء ولا غيره، بل الناس فيها سواء، وللسابق حق السبق، وكذلك الحكم في عرفة ومزدلفة إلحاقًا بها»[(١)].

وعلى التسليم بأن الحديث يشمل مكة المكرمة؛ فقد أجاب عنه الخطابي بجواب آخر فقال ـ بعد أن ذكر أنه قد يحتج به من لا يرى دور مكة مملوكة لأهلها ولا يرى بيعها ـ ما نصه:

«وقد قيل: إن هذا خاص للنبي ﷺ وللمهاجرين من أهل مكة، فإنها دارٌ تركوها لله تعالى فلم ير أن يعودوا فيها فيتخذوها وطنًا أو يبنوا فيها بناء. والله أعلم»[(٢)].

الدليل السابع: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تبارك وتعالى حرَّم مكة يوم خلقها لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلّت لي ساعة من نهار، لا يختلى خلاها، ولا يعضد شجرها، ولا ينفر صيدها. الحديث متفق عليه»[(٣)].

(١) نقلًا عن بحث اللجنة الدائمة بهيئة كبار العلماء الصادر في حكم البناء في منى. (ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص٢٤١).
(٢) معالم السنن، ج٢، ص٢٢٢.
(٣) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب لا ينفر صيد الحرم، ج٣، ص١٨، صحيح مسلم، كتاب: الحج، باب مكة وتحريم صيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، ج٩، ص١٢٣، (صحيح مسلم بشرح النووي).

وجها الاستدلال بالحديث:

أن النبي ﷺ قد أخبر في هذا الحديث أن مكة حرام، وهي اسم للبقعة، والحرام لا يكون محلًا للتمليك[١].

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته بما سبق بيانه من أن كونها حرامًا المراد به: تحريم صيدها، وشجرها، وخلاها، والقتال فيها، كما هو ظاهر هذا الحديث وغيره من الأحاديث التي في معناها.

الدليل الثامن: أن مكة فتحت عنوة، ولم تقسم بين الغانمين، فصارت وقفًا على المسلمين، فحرم بيعها كسواد العراق.

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن هذا الدليل مبنيٌّ على أن ما فتح عنوة يصير وقفًا على المسلمين، وهذه مسألة خلافية، قد سبق ترجيح غير هذا القول.

الثاني: أن هذا الدليل مبني على أنه لا فرق بين مكة وغيرها من البلاد التي فتحت عنوة، وهذا محل نظر؛ لأن مكة تختص عن سائر البلاد بكونها دارَ النسك، ومتعبد الخلق وقد جعلها الله تعالى حرمًا سواء العاكف فيه والباد.

الثالث: عدم التسليم بأن مكة فتحت عنوة، بل فتحت صلحًا.

وهذا الوجه هو محل نظر، لأن الراجح أنها فتحت عنوة[٢].

الدليل التاسع: القياس:

وقالوا في تصويره:

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٦.

(٢) راجع أدلة فتحها صلحًا أو عنوة في المصادر التالية:

إن مكة بقعة من الحرم، فلا يصح بيعها قياسًا على المسجد الحرام نفسه[(١)].

مناقشة هذا الاستدلال:

وقد نوقش بأنه قياسٌ مع الفارق؛ لأن المساجد محرمة لا تلحق بها المنازل المسكونة في تحريم بيعها، ولهذا في سائر البلاد يصح بيع الدور دون المساجد[(٢)].

دليل القول الثالث:

القول الثالث يرى أصحابه أن بيع دور مكة مكروه، وهو مروي عن الإمام مالك، وقد أشار القرافي إلى دليل هذا القول فقال: الكراهة لتعارض الأدلة[(٣)]. فكأنه حمل أدلة من قال بالمنع على الكراهة فقط.

وقد قالوا: إن هذه الكراهة على بابها، أي: للتنزيه[(٤)].

والذي يظهر أن هذا القول لا يختلف كثيرًا عن القول الأول، فإن من القائلين بالصحة من صرح بأنه خلاف الأولى. قال في «المجموع»[(٥)].

قال الروياني: لا يكره بيع شيء من الملك المطلق إلا أرض مكة فإنه يكره بيعها وإجارتها للخلاف، وهذا الذي ادَّعاه من الكراهة غريبٌ في كتب

شرح صحيح مسلم للنووي، ج١٢، ص١٣٠، فتح الباري، ج٨، ص١٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٢٠٩، زاد المعاد، ج٢، ص١٧٢.

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٦، الهداية، ج٨، ص١٢٩، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٣٩، المجموع، ج٩، ص٢٤٩.

(٢) المجموع، ج٩، ص٢٥١.

(٣) الفروق، ج٤، ص٤.

(٤) تهذيب الفروق، ج٤، ص١١.

(٥) ج٨، ص٢٥١.

أصحابنا، والأحسن أن يقال: هو خلاف الأولى، لأن المكروه ما ثبت فيه نهي مقصود، ولم يثبت في هذا نهي[(١)].

أدلة القول الرابع:

استدل المرغيناني على جواز بيع البناء دون الأرض فقال: «ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث»[(٢)].

ولأنها حرة محترمة، لأنها فناء الكعبة وقد ظهر آية التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها، فكذا في حق البيع.

بخلاف البناء، لأنه خالص ملك الباني»[(٣)].

وقد رأى ابن القيم رحمه الله في «زاد المعاد»[(٤)]: أن هذا القول فيه جمع بين أدلة القائلين بالجواز، وأدلة القائلين بالمنع.

فقال ـ بعد أن ساق أدلة الفريقين ـ:

«فالصواب القول بموجب الأدلة من الجانبين، وأن الدور تملك وتوهب وتورث وتباع، ويكون نقل الملك في البناء لا في الأرض والعرصة فلو زال بناؤه لم يكن له أن يبيع الأرض، وله أن يبنيها ويعيدها كما كانت.. وقد

---

(١) وقد وافق الزركشي من الشافعية الروياني في القول بالكراهة، وردَّ على النووي، جاء في مغني المحتاج، ج٤، ص٢٣٦، قال الروياني: ويكره بيعها وإجارتها للخروج من الخلاف، ونازعه المصنف في مجموعة، وقال: إنه خلاف الأولى، لأنه لم يرد فيه نهي مقصود، والأول كما قال الزركشي: هو المنصوص، بل اعترض على المصنف فإنه صرّح بكراهة بيع المصحف والشطرنج، ولم يرد فيهما نهي مقصود.

(٢) سبق تخريجه من حديث عبدالله بن عمرو، ص٢٠٩.

(٣) الهداية، ج٨، ص١٢٩.

(٤) ج٢، ص١٧٥.

صرّح أربابُ هذا القول بأن البيع ونقل الملك في رباعها إنما يقع على البناء لا على الأرض. ذكره أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله».

ثم قال: «وإنما جاز البيع؛ لأنه وارد على المحل الذي كان البائع أخصّ به من غيره، وهو البناء».

المناقشة:

يناقش ما استدل به على هذا القول بما يلي:

أولًا: الاستدلال بقوله ﷺ «ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها» قد سبقت مناقشته، وأنه ضعيف من حيث الإسناد، وأن الصواب فيه أنه موقوف على عبدالله بن عمرو.

ثانيًا: أن الاستدلال على منع بيع أرض مكة بأن: مكة بقعة محترمة، فلا يصح بيعها لذلك: يقال عنه: أما كونها محترمة فلا خلاف فيه، وأما منع بيعها لأجل ذلك فهو محل نظر، فاحترامها شيء، وبيع أرضها شيء آخر؛ إذ ليس في البيع ما ينافي كونها محترمة.

ثالثًا: ما ذكره ابن القيم بأن هذا القول يجمع بين الأدلة، هو محل نظر، لأن أدلة المجوزين للبيع عامة تشمل الأرض والبناء، فحملها على البناء خاصة لا بدَّ له من دليل خاص يصرف العموم عن مقتضاه. والله أعلم.

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال وما أورد عليها من مناقشة يظهر لي رجحان القول الأول القائل بصحة بيع أرض مكة وبنائها وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة أدلة هذا القول، فهي أدلة من الكتاب، والسنّة، والأثر، والإجماع، والقياس، وأن ما أورد على بعضها من مناقشة قد أُجيب عنه.

السبب الثاني: ضعف استدلال الأقوال الأخرى، وأنها لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه، كما ظهر ذلك في أثناء مناقشتها.

السبب الثالث: أن كثيرًا من فقهاء المذاهب الأربعة قد نقلوا جريان الفتوى والعمل على صحة بيع أرض مكة، ولو كان محرَّمًا بيع أرضها لما جرى عليه العمل في مختلف العصور من غير إنكار.

جاء في «تبيين الحقائق»[(١)]:

«وقد تعارف الناس بيعَ أراضيها، والدور التي فيها من غير نكير، وهو من أقوى الحجج».

وقال في «الدر المنتقى»[(٢)] مستدلًا على جواز بيعها.

لأن الناس يتبايعون في أراضيها ودورها في سائر الأمصار من غير إنكار، وهو من أقوى الحجج، ثم ذكر أن به يفتى.

وجاء في «تهذيب الفروق»[(٣)] في أثناء ذكر الروايات عن الإمام مالك: «.. والثانية الجواز... وهو مروي عن مالك.. وهو أشهر الروايات، وهو المعتمد الذي به الفتوى، وعليه جرى العمل من أئمة الفتوى والقضاة بمكة المشرفة».

وفي «مغني المحتاج»[(٤)].

«وفتحت مكة صلحًا، لا عنوة... فدورها وأرضها المحياة ملك يباع؛ إذ لم يزل الناس يتبايعونها...».

وقال في «المغني»[(٥)]:

---

(١) ج٦، ص٢٩.
(٢) ج٢، ص٥٤٧.
(٣) ج٤، ص١٠ ـ ١١.
(٤) ج٤، ص٢٣٦.
(٥) ج٤، ص٢٩٠.

«ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره، ولم ينكره منكر...».

السبب الرابع: أنَّ الحاجة تدعو إلى القول بصحة بيعها، وفي منع بيعها ضيق وحرج على الناس، وقد رفع الله الحرج عن هذه الأمة.

قال الشيخ عبد الرحمن السعدي رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

«وكذلك بيوت مكة، فإنه يصح بيعها وإجارتها، والآثار في المنع من ذلك يقابلها مثلها أو أكثر منها من الآثار، ولم يزل عمل أهل مكة على ذلك من زمان طويل، والحاجة من البائع والمؤجر والمشتري والمستأجر تدعو إلى ذلك جدًا، وفي المنع من ذلك ضيق وحرج، وقد رفع الله الحرج عن هذه الأمة»[(١)].

* * *

المطلب الخامس: حكم بيع أرض المناسك وأرض الحرم عدا مكة:

يتناول الحديث في هذا المطلب بقيةَ أرض الحرم[(٢)]، وأرض المناسك.

فأمَّا أرض بقية الحرم، فقد نصَّ كثيرٌ من الفقهاء على أن حكمها حكمُ أرض مكة[(٣)]، فيجري فيها الخلافُ السابق.

---

(١) المختارات الجلية، ص٧٠ ـ ٧١.

(٢) الحرم: هو: ما طاف بمكة من جوانبها.
وحده من طريق المدينة دون التنعيم على ثلاثة أميال.
ومن طريق العراق على ثنية جبل بالمنقطع على سبعة أميال.
ومن طريق الجعرانة بشعب آل عبدالله بن خالد على تسعة أميال.
ومن طريق الطائف على عرفة من بطن نمرة على سبعة أميال.
ومن طريق جده منقطع العشائر، على عشرة أميال.
فهذا حدُّ ما جعله الله حرمًا لما اختص به من التحريم وبايَن بحكمه سائر البلاد. الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٦٤ ـ ١٦٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص١٩١ ـ ١٩٢.

(٣) المهذب، ج١، ص٢٦٩، المجموع، ج٩، ص٢٤٨، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، =

وأما بقاع المناسك، فلا يصح بيعها سواء كانت داخل مكة كموضع السعي، أو خارجها داخل الحرم كمنى، أو خارج الحرم كعرفة[(١)].

قال ابن القيم: «... فالحرم ومشاعره كالصفا والمروة، والسعي، ومنى وعرفة، ومزدلفة، لا يختص بها أحدٌ دون أحدٍ، بل هي مشتركة؛ إذ هي محلُّ نسكهم ومتعبدهم، فهي مسجد من الله وقفه ووضعه لخلقه»[(٢)].

=ص١٩١، الإقناع، ج٢، ص٦٣، التنقيح المشبع، ص١٢٣، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٠، المبدع، ج٤، ص٢٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٠، حاشية المقنع، ج٢، ص١٠، حاشية الروض المربع لابن قاسم، ج٤، ص٣٤٥.

(١) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٥٠، المغني، ج٤، ص٢٩٠، الإقناع، ج٢، ص٦٣، الإنصاف، ج٤، ص٢٨٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٤، كشاف القناع، ج٤، ص١٦٠، أضواء البيان، ج٢، ص٣٨٣.

(٢) زاد المعاد، ج٢، ص١٧٤.

ويلاحظ أنَّ بعض العلماء قد أشار إلى وجود خلاف في منى ومزدلفة وعرفة. قال ابن عساكر بعد إخراجه لحديث «لا إنما هو مناخ من سبق»: ومفهوم هذا الحديث يدلُّ على أنه لا يجوز إحياء شيء من مواتها، ولا تملك جهة من جهاتها، فلا ينبغي لأحد أن يختصَّ بمكان من أماكنها دون غيره فيحظر عليه حظارًا، أو يتخذه دارًا، وأهل مكة وسواهم في ذلك سواء، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِۚ﴾، والضمير في قوله (فيه) مختلف بين أهل العلم، فمن قال أراد به جميع الحرم، وهو الأكثر منع من جواز إحياء مواتها وتملكها، ومن ملك منها شيئًا قبل ذلك كان هو وسواه في منافعه سواء، فلا يجوز له بيعه ولا كراؤه.

ثم قال: ومن تأول الآية على المسجد أجاز بيع دورها وكراءها، وبه قال أبو يوسف والشافعي، وكره مالك على جميعهم البيع والكراء، وفي جواز إحياء موات عرفة ومزدلفة اختلاف بين أهل العلم، وما ذكرناه في منى أولى بالمنع لقوله ﷺ: «إنما هو مناخ لمن سبق»، وإنما في كلام العرب لإثبات المذكور ولنفي ما سواه. والله سبحانه وتعالى أعلم...

ونقل عن الشافعي: أنه بنى بمنى مضربًا ينزل فيه أصحابه إذا حجّوا، روى ذلك عنه أبو ثور وهو أحد رواة القديم، وتمسك به بعضُهم على جواز البناء بمنى، وفي العمل به على تقدير صحته عن الشافعي نظر لأمرين: =

وقد استدلوا على عدم صحة بيعها بالسنّة، والإجماع، والقياس:

فأما السنّة:

فحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بيتًا أو بناء يظلك من الشمس، فقال: «لا. إنما هو مناخ من سبق إليه». أخرجه أحمد وأبو داود[(١)].

=**أحدهما:** أن الشافعي قال: إذا صحَّ الحديث فهو مذهبي. والحديث الوارد في النهي عن البناء بمنى تقوم به الحجة؛ لأن الترمذي حسَّنه، وأبا داود سكت عنه، فهو في معنى الصحيح لقيام الحجة به على ما هو مقررٌ في علم الحديث، فالشافعي حينئذٍ يقول به ويصير ذلك مذهبه ومذهب تابعيه، ومثل هذا لا ينكر لأنه وقع للنووي مثله في غير مسألة...

والأمر الثاني: أنه لا ريب في أن الشافعيَّ على تقدير ثبوت بنائه بمنى لم يكن يحجر بناءه بمنى عن أحد ولا يأخذ على النزول فيه أجرًا، وإنَّ بناءه بمنى لأجل الارتفاق به من جهة الظل وصيانة الأمتعة وشبه ذلك فلا يقاس عليه من لم يقصد ببنائه إلا الاختصاص بنزوله وأخذ الأجرة على نزوله كما هو الغالب من أحوال أهل العصر، وإلحاق من هو بهذه الصفة لمن حسنت نيته عند الشافعي لا يحسن.

وأما الشيخ نجم الدين عبد الرحمن يوسف الأصفوني الشافعي مؤلف مختصر الروضة، فقد أفتى أن منى كغيرها في جواز بيع دورها وإجارتها.

وقد أجيب عن ذلك بأنه غير سديد نقلًا ونظرًا:

أما النقل فلمخالفته مقتضى الحديث وكلام النووي وابن عساكر والمحب الطبري وغيرهم.

وأما النظر فلأن أعظم ما يمكن أن يتمسك به في ذلك كون موات الحرم يجوز إحياؤه، ومنى من الحرم فيملك ما أُحيي فيها ويجري فيها أحكام الملك. وهذا لا يستقيم: لأن في منى أمرًا زائدًا يقتضي عدم إلحاقها بموات الحرم، وهو كونها متعبدًا ونسكًا لعامة المسلمين، فصارت كالمساجد وغيرها من المسبلات، وما هذا شأنه لا اختصاص فيه لأحد إلا بالسبق في النزول لا بالبناء؛ إذ هو ممتنع، فالبناء بمنى ممتنع حينئذٍ، ولا يملك، ولا يكون كغيره مما يصح تملكه ويجري فيه حكم البناء بعرفة لمساواتها لعرفة في السبب الذي لأجله امتنع البناء بعرفة على الأصح فمنى كذلك. نقلًا عن بحث أعدته اللجنة الدائمة بهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية نقله الدكتور محمد بن علي السميح، في ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص٢٤٠ ـ ٢٤٢.

(١) ج٢، ص٣١.

وجه الاستدلال بالحديث:

أن النبي ﷺ نهى أن يجعل له بمنى بيتًا؛ لأنه ليس مختصًّا بأحد دون آخر من الناس إنما هو موضع العبادة من الرمي والذبح والحلق ونحوها يشترك فيه الناس وكلهم فيها سواء فلو بنى فيها لأدى إلى كثرة الأبنية تأسيًا به ﷺ فتضيق على الناس، فالاختصاص في منى بالسبق إلى الموضع لا بالبناء[١].

وأما الإجماع:

فقد نقله أكثر من واحد من أهل العلم:

قال ابن عقيل:

«والخلاف في غير مواضع النسك، أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي، فحكمه حكم المساجد بغير خلاف»[٢].

وقال في «أضواء البيان»[٣]:

«أجمع جميع المسلمين على أن مواضع النسك من الحرم كموضع السعي، وموضع رمي الجمار حكمها حكم المساجد، والمسلمون كلهم سواء فيها.

والظاهر أن ما يحتاج إليه الحجيج من منى، ومزدلفة كذلك، فلا يجوز لأحد أن يضيقهما بالبناء المملوك حتى تضيقا بالحجيج، ويبقى بعضهم لم يجد منزلًا، لأن المبيت بمزدلفة ليلة النحر، وبمنى ليالي أيام التشريق، من مناسك الحج.

فلا يجوز لأحد أن يضيق محل المناسك على المسلمين، حتى لا يبقى ما يسع الحجيج كله..».

---

(١) ج٢، ص٣١.
(٢) ج٢، ص٣١.
(٣) ج٢، ص٣١.

وأما القياس:

فقد قالوا في تصويره:

إنه لا يصح بيع أرض المناسك قياسًا على المساجد، بل هي أولى لعموم نفعها[١].

هذا، وقد أصدرت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية قرارين في هذا الشأن:

القرار الأول برقم: ٣٥ وتاريخ ١٤/ ٢/ ١٣٩٥هـ.

القرار الثاني برقم: ٥٦ وتاريخ ٨/ ١٠/ ١٣٩٧هـ.

وقد تضمن القرار الثاني نصَّ ما يحتاج إليه من القرار الأول فأكتفي بإيراد القرار الثاني ونصه:

«الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فقد اطلع مجلس هيئة كبار العلماء في الدورة الحادية عشرة المنعقدة في مدينة الطائف ابتداءً من يوم ٧/ ١٠/ ١٣٩٧هـ على كتاب معالي رئيس ديوان رئاسة مجلس الوزراء رقم ٢٥٠٦٢ في ٦/ ١٠/ ١٣٩٧هـ المتضمن أمر جلالة الملك ـ وفقه الله ـ بإحالة موضوع النظر في إزالة المباني المنشأة في منى لتتاح الفرصة لحجاج بيت الله الحرام لاستغلال أماكن تلك الأبنية، وقد تضمن الأمر دراسة هذا الموضوع، وإصدار القرار النهائي في أمر هذه المباني.. ورجع إلى ما سبق له إصداره في الدورة السادسة بشأن مباني منى بالقرار رقم (٣٥ في ١٤/ ٢/ ١٣٩٥هـ) الذي صدر بعد دراسة وافية واطلاع على الأدلة الشرعية وكلام أهل العلم القاضي بمنع البناء في أرض منى

(١) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٥٠، الإقناع، ج٢، ص٦٣، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٠، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٣٤٥.

باتفاق أعضاء الهيئة والإذن بالبناء في سفوح الجبال من قبل الأكثرية والذي جاء فيه ما نصه:

بالنسبة للبناء في منى، فلا يخفى أن منى مشعر من المشاعر المقدسة، وأنها مناخ من سبق، وأن أهل العلم رحمهم الله قد منعوا البناء فيها، لكون ذلك يفضي إلى التضييق على عباد الله حجاج بيته الشريف، ونظرًا لأن سفوح جبالها غير صالحة في الغالب لسكنى الحجاج فيها أيام منى، وأنه يمكن أن تستغل هذه السفوح بطريقة تحقق المصلحة العامة، ولا تتعارض مع العلة في منع البناء في منى، فإن المجلس يقرر بالأكثرية جواز البناء على أعمدة في سفوح الجبال المطلة على منى على وجه يضمن المصلحة للحجاج، ولا يعود عليهم بالضرر، ويكون هذا البناء مرفقًا عامًا، وما تحته لمن سبق إليه من الحجاج كبقية أراضي منى على أن يكون الإشراف على هذا البناء للدولة، وقد توقف عن إبداء الرأي في جواز البناء على السفوح عضوا هيئة كبار العلماء صالح اللحيدان، وعبدالله بن غديان.

وبعد المناقشة وتداول الرأي في هذا الموضوع.. فإن مجلس هيئة كبار العلماء يقرر ما يأتي:

أولًا: تأكيده لقراره الصادر عام ١٣٩٥هـ، المنوه في هذا القرار المتضمن منع البناء في أراضي منى.

ثانيًا: إزالة جميع الأبنية المستحدثة فيه.

ثالثًا: إزالة جميع المباني القديمة في منى وتعويض أصحابها عن الأنقاض.

«وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا وآله وصحبه وسلم»[(١)].

* * *

---

(١) نقلًا عن ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، ص٢٤٤ ـ ٢٤٥.



الشرط الخامس

أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه

يشترط في عقد البيع أن يكون المبيع مقدورًا على تسليمه؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه، فكذا ما أشبهه[(١)].

ويتناول الحديث في هذا الشرط مطلبين:

المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب.

المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر.

وتوضيح الكلام عليهما فيما يأتي:

* * *

المطلب الأول: حكم بيع العقار المغصوب:

قبل بيان حكم بيع العقار المغصوب تجدر الإشارة إلى إيضاح، هل يتصور غصب العقار من الأراضي والدور أو لا؟

ولبيان ذلك أقول:

---

(١) المبدع، ج٤، ص٢٣، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٦.

اختلف الفقهاء في تصوّر غصب العقار على قولين:

القول الأول: أنه يتصور غصب العقار، وبه قال المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٤].

واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيام من سبع أرضين». رواه البخاري[٥]، وغيره.

وفي لفظ: «من غصب شبرًا من الأرض».

فأخبر النبي ﷺ أن العقار يغصب ويظلم فيه[٦].

القول الثاني: أنه لا يتصور غصب العقار، وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف[٧]، لأن الغصب إثبات اليد على المال عدوانًا على وجه تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار؛ لأنه ما زال موجودًا في محله بلا نقل وتحويل، وإبعاد المالك عن عقاره فعل في المالك لا في العقار[٨].

وقد أجيب عن هذا التعليل: بأنه يمكن الاستيلاء على العقار على وجه يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها[٩].

---

(١) بداية المجتهد، ج٢، ص٣١٦، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٨٤٤، الشرح الصغير، ج٣، ص١٣.
(٢) الوجيز، ج١، ص٢٠٦، روضة الطالبين، ج٥، ص٣٩، نهاية المحتاج، ج٥، ص١٦٨.
(٣) مختصر الخرقي ص٦٢، كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٤١٨، المغني، ج٥، ص٢٤١.
(٤) النتف في الفتاوى، ج٢، ص٧٣٣، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٨٩، الهداية، ج٧، ص٣٦٨.
(٥) صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب أثم من ظلم شيئًا من الأرض، ج٣، ص١٧٠.
(٦) المغني، ج٥، ص٢٤١، نظرية الضمان، ص١١٨.
(٧) تحفة الفقهاء، ج٣، ص٨٩، الهداية، ج٧، ص٣٦٨.
(٨) تحفة الفقهاء، ج٣، ص٨٩، الهداية، ج٧، ص٣٦٩، نظرية الضمان، ص١١٨.
(٩) المغني، ج٥، ص٢٤١، نظرية الضمان ص١١٨.

وإذا ثبت أنَّ العقار يتصور غصبه. ففي حكم بيعه تفصيل على النحو التالي:

١ ـ إذا باعه على الغاصب صحَّ من غير خلاف؛ لأنه لا غرر في بيعه حينئذٍ.

٢ ـ إذا باعه مالكه، وكان المالك قادرًا على استرداده وتسليمه صحَّ البيع بلا خلاف، كما يصح بيع الوديعة والعارية.

٣ ـ إذا كان مالكه عاجزًا عن استرداده وباعه على من لا يقدر على انتزاعه من الغاصب لم يصح[(١)].

٤ ـ وإن باعه على قادر على انتزاعه من الغاصب، فقد اختلف فيه الفقهاء القائلون بإمكان غصبه على قولين:

الأول: يصحُّ البيع، وهو الراجح في مذهب الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، لأنه حينئذٍ لا غرر في بيعه، ولإمكان تسلمه.

الثاني: لا يصح البيع، وهو القول المرجوح عند الشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)]؛ لأن التسليم واجب على البائع، وهو عاجز عنه[(٦)].

---

(١) المجموع، ج٩، ص٢٨٥، مغني المحتاج، ج٢، ص١٣، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٢، المبدع، ج٤، ص٢٤، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٤.

(٢) المجموع، ج٩، ص٢٨٥، مغني المحتاج، ج٢، ص١٣، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٨٧.

(٣) الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٢، المبدع، ج٤، ص٢٤، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٤.

(٤) المجموع، ج٩، ص٢٨٥، مغني المحتاج، ج٢، ص١٣، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٨٧.

(٥) الفروع، ج٤، ص٢١، المبدع، ج٤، ص٢٤، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٤.

(٦) مغني المحتاج، ج٢، ص١٣، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٨٧.
ويلاحظ: أن مذهب المالكية قريبٌ من مذهب الشافعية والحنابلة في هذه المسألة. قال في الشرح الصغير، ج٢، ص٣٥١ ـ ٣٥٢. =

ولعلَّ القول الأول هو الراجح، لقوة ما علّل به له، ولأن القدرة على التسليم في هذه الحالة ممكنة؛ حيث إن المشتري قادرٌ على انتزاعه من الغاصب، فانتفى المانع فصح البيع. والله أعلم.

* * *

المطلب الثاني: حكم بيع العقار المؤجر:

بيع العقار المؤجر قد يكون البيع على المستأجر، وقد يكون البيع على غير المستأجر وبيان ذلك فيما يلي:

١ ـ بيعه على المستأجر

إذا باع المالك العقار المؤجر على المستأجر صحَّ البيع[(١)]؛ لأنه في يده لا حائل دونه فصحَّ كما لو باع المغصوب من الغاصب[(٢)].

= «ولا يصح أن يباع آبق وحيوان شارد لعدم القدرة على تسليمه.. ولا يباع مغصوب، لأنه بيع ما فيه خصومة فلا قدرة للبائع على تسليمه إلا أن يبيعه ربه من غاصبه فيجوز إن عزم الغاصب على رده لربه وأولى إن رده بالفعل. فإن لم يعزم على رده لربه لم يجز بيعه له؛ لأنه مقهور على بيعه منه، لأن الكلام في غاصب لا يقدر عليه إلا بمشقة إلا أن القهر لا ينتج عدم صحة البيع، وإنما يفيد عدم اللزوم». وانظر أيضًا: منح الجليل، ج٤، ص٤٥٧. وهم لم يصرحوا ببيع العقار المغصوب، ولكنه يستنتج من كلامهم السابق.

(١) بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠٧، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص١٧٧، فتح القدير، ج٥، ص١٨٥، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١١٠، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٧٤٥، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٠٥، مواهب الجليل، ج٥، ص٤٠٨، المهذب، ج١، ص٤١٤، التنبيه، ص١٢٥، المنهاج، ج٢، ص٣٦٠، المقنع، ج٢، ص٢١٥، المغني، ج٥، ص٤٧٢، الفروع، ج٤، ص٤٤٢، المبدع، ج٥، ص١٠٧، الإنصاف، ج٦، ص٦٨، كشاف القناع، ص١٣١.

(٢) المهذب، ج١، ص٤١٤، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٦٠، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٤.

ولأنه يصح بيعه من غير المستأجر ـ عند الجمهور ـ فيصح بيعه عليه من باب أولى[(١)].

٢ ـ بيعه على غير المستأجر

اختلف الفقهاء فيه على أقوال:

القول الأول: يصح البيع، وله الخيار إن لم يعلم بالإجارة، وبهذا قال المالكية[(٢)]، والشافعية في أحد القولين[(٣)] عندهم، وهو المذهب عند الحنابلة[(٤)]، وبه قال أبو يوسف من الحنفية[(٥)].

القول الثاني: لا يصح البيع.

وهو قول مرجوحٌ عند الحنفية[(٦)]، والشافعية[(٧)]، والحنابلة[(٨)]، إلا أن بعض الحنابلة قيد عدم الصحة بما إذا باع ولم يبين أنه مؤجر[(٩)].

---

(١) المغني، ج٥، ص٤٧٣.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٧٤٥، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣٠٥، مواهب الجليل، ج٥، ص٤٠٨.

(٣) المهذب، ج١، ص٤١٤، التنبيه، ص١٢٥، المنهاج، ج٢، ص٣٦٠، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٥.

(٤) المقنع، ج٢، ص٢١٥، المغني، ج٥، ص٤٧٢، الفروع، ج٤، ص٤٤٢، الاختيارات الفقهية، ص٢٧٢، المبدع، ج٥، ص١٠٧، الإنصاف، ج٦، ص٦٨، كشاف القناع، ج٤، ص٣١، حاشية المقنع، ج٢، ص٢١٥.

(٥) مختصر الطحاوي، ص١٣١، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠٧.

(٦) اختلفت العبارة في هذه المسألة في كتب الحنفية، ذكر في بعضها أن البيع فاسد، وذكر في بعض المواضع أن البيع باطل، وذكر في بعضها: أنه موقوف، وهو الراجح.
راجع: تحفة الفقهاء، ج٢، ص٤٧، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠٧، الفتاوى الغياثية، ج٢، ص١٤٢، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١١٠.

(٧) المهذب، ج١، ص٤١٤، التنبيه، ص١٢٥، المنهاج، ج٢، ص٣٦٠، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٢٥.

(٨) الإنصاف، ج٦، ص٦٨.

(٩) الاختيارات الفقهية، ص٢٧٣.

القول الثالث: البيع موقوف على إجازة المستأجر، فله منع المشتري ونقض البيع عليه، فإن نقضه كان منتقضًا[(١)]، وإن لم ينقضه حتى مضت المدة تمَّ ذلك البيع، وله أن يجيز البيع، فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة فيما بقي من المدة، وبهذا قال أبو حنيفة، ومحمد[(٢)].

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة البيع بما يأتي:

الدليل الأول: أن البيع قد وقع على العين، وعقد الإجارة قد وقع على المنافع فالمعقود عليه مختلف فصح البيع قياسًا على ما إذا زوج أمته ثم باعها، فإن البيع صحيحٌ ولا ينفسخ عقد الزواج[(٣)].

الدليل الثاني: أنه ليس في البيع إبطال حق المستأجر؛ لأن المشتري إنما يتسلم المبيع بعد انقضاء مدة الإجارة، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع[(٤)] المؤجر منه.

---

(١) اختلف الحنفية هل يملك المستأجر نقض البيع فذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك ذلك، وروى الطحاوي عن أبي حنيفة، ومحمد أن له ذلك.
قال الكاساني في بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠٧: «وهل يملك المستأجر فسخ هذا البيع: ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى إذا مضت مدة الإجارة كان للمشتري أن يأخذ الدار، وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد: أن له أن ينقض البيع، وإذا نقضه لا يعود جائزًا». وانظر مختصر الطحاوي، ص١٣٠ ـ ١٣١.

(٢) مختصر الطحاوي، ص١٣٠ ـ ١٣١، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٤٧، بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠٧، الفتاوى الغياثية، ج٢، ص١٤٢، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١١٠.

(٣) المغني، ج٥، ص٤٧٢، المبدع، ج٥، ص١٠٧، كشاف القناع، ج٤، ص٣١.

(٤) مواهب الجليل، ج٥، ص٤٧٢.

أدلة القول الثاني:

استدل على عدم صحة البيع بما يلي:

الدليل الأول: أنَّ يدَ المستأجرِ حائلةٌ تمنع التسليم فمنعت الصحة قياسًا على بيع المغصوب من غير الغاصب بجامع عدم القدرة على التسليم فيهما[(١)].

مناقشة هذا الاستدلال:

ناقش ابن قدامة هذا الاستدلال، فقال:

«وقولهم: يد المستأجرة حائلة دون التسليم لا يصح؛ لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع، والبيع على الرقبة فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر، كما لو باع الأمة المزوجة، ولئن منعت التسليم في الحال فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه، وهو عند انقضاء الإجارة، ويكفي القدرة على التسليم حينئذٍ كالمسلم فيه»[(٢)].

الدليل الثاني: ما استدل به شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله حين ذكر قولًا للحنابلة بعدم الصحة فقال:

«ووجهه: أنه باع ملكه وملك غيره فهي مسألة تفريق الصفقة[(٣)]»[(٤)].

---

(١) المغني، ج٥، ص٤٧٢.

(٢) المغني، ج٥، ص٤٧٢.

(٣) قال ابن قدامة في المغني، ج٤، ص٢٦١: تفريق الصفقة معناه: «أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد».
وقال في المقنع، ج٢، ص١٨ ـ ١٩: «هو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه، وله ثلاث صور:
إحداها: باع معلومًا ومجهولًا فلا يصح.
الثانية: باع مشاعًا بينه وبين غيره.. فيصح في نصيبه بقسطه في الصحيح من المذهب وللمشتري الخيار، إذا لم يكن عالمًا.
الثالثة: باع عبده وعبد غيره بغير إذنه... ففيه روايتان:
أولاهما: لا يصح.
والأخرى: يصح في عبده...».

(٤) الاختيارات الفقهية، ص٢٧٢، الإنصاف، ج٦، ص٦٨.

مناقشة هذا الاستدلال:

الذي يظهر لي أن مراد شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا التوجيه: أن المالك باع ملكه وهو العين، وملك المستأجر وهو المنفعة؛ إذ هي ملك للمستأجر في مدة الإجارة، فقد اشتمل العقد على بيع ملكه وملك غيره بغير إذنه، فلا يصح على إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة.

وعليه يمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بالتفريق بين مسألة تفريق الصفقة ـ التي من صورها بيع ملكه وملك غيره بغير إذنه ـ وبين بيع العين المؤجرة، ففي تفريق الصفقة لا يملك البائع ملك غيره من أي وجه، وفي بيع العين المؤجرة، يملك البائع العين ويملك المنفعة فيما عدا مدة الإجارة، فإذا انقضت هذه المدة صارت المنفعة تابعة للرقبة وتسلم حينئذٍ للمشتري، ولا يستحق التسليم إلا بعد انقضاء مدة الإجارة، فلا يشتمل هذا العقد على بيع ملكه وملك غيره.

يؤيد هذا ما ذكره أصحاب القول الأول من أن «المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذٍ؛ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها، ونفعها إنما يستحق إذا انقضت الإجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينًا في مكان بعيد فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيها كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه إلا في وقته»[(١)].

دليل القول الثالث:

استدل الكاساني على أن العقد موقوفٌ على إجازة المستأجر فقال:

---

(١) المغني، ج٥، ص٤٧٢.

«ولنا: أن البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين[١]».

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: نسلم أنَّ البائع غيرُ قادر على التسليم في الحال لكن ذلك لا يمنع صحة البيع؛ لأن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينًا في مكان بعيد، فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضى مدة يمكن إحضارها فيها.

الوجه الثاني: أن قوله: «وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه..».

يناقش بتسليم أن حق الإنسان تجب صيانته عن الإبطال ما أمكن غير أن القول بأن البيع يتوقف على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز، وإن رده بطل ليس فيه صيانة حق الأطراف الثلاثة «البائع والمشتري والمستأجر»؛ لأنه في حالة عدم موافقة المستأجر على البيع يكون البيع حينئذٍ منتقضًا، وعليه فلا يتحقق على هذا القول مراعاة حقوق الأطراف الثلاثة.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلتها وما أورد عليها من مناقشات يترجح عندي القول الأول، وهو صحة البيع وذلك للأسباب التالية:

---

(١) بدائع الصنائع، ج٤، ص٢٠٨.

السبب الأول: قوة أدلته، فقد سلمت من المناقشة فيما يظهر لي حيث لم أطلع على مناقشة لها من قبل الآخرين.

السبب الثاني: ضعف أدلة القول الثاني والثالث، وأنها لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه كما ظهر ذلك في أثناء مناقشتها.

السبب الثالث: أن هذا القول يتحقق فيه صيانة حقوق الأطراف الثلاثة «البائع والمشتري والمستأجر».

أما البائع: فيصان كلامه عن الإلغاء ويعتبر تصرفه نافذًا.

وأما المشتري: فيقع شراؤه صحيحًا، ولا يكون من حق المستأجر فسخ البيع ونقضه عليه.

وأما المستأجر: فيكون من حقه عدم تسليم العين للمشتري حتى تنقضي مدة إجارته.

وعلى هذا يكون القول الأول أكثر تمشيًا مع أصول الشريعة وقواعدها في حفظ حقوق الناس، ومراعاة مصالح الأطراف جميعًا.

والله أعلم...

* * *



الشرط السادس

من شروط صحة البيع

أن يكون المبيع معلومًا:

يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع معلومًا للمتعاقدين[1]؛ لأن جهالة المبيع غرر[2]، فيكون منهيًّا عنه لدخوله في عموم حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع الغرر». رواه مسلم[3].

---

(١) النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٣٦، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٦، الهداية، ج٥، ص٨٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص٨، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٠٥، بداية المجتهد، ج٢، ص١٧٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٥، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٧٨، مختصر خليل مع منح الجليل، ج٤، ص٤٦٥، المهذب، ج١، ص٢٧١، الوجيز، ج١، ص١٣٤، فتح العزيز، ج٨، ص١٣٣، المنهاج، ج٢، ص١٦، المجموع، ج٩، ص١٤٩، المقنع، ج٢، ص١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٢، المحرر، ج١، ص٢٩١، الفروع، ج٤، ص٢١، الإقناع، ج٢، ص٦٤.

(٢) المهذب، ج١، ص٢٧١، مغني المحتاج، ج٢، ص١٦، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٩٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٣، المبدع، ج٤، ص٢٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٣، كشف المخدرات، ص٢١٣.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ج١٠، ص١٥٦، (صحيح مسلم بشرح النووي). =

والعلم بالمبيع يحصل برؤية مقارنة للعقد[١].

أو برؤية لبعضه إنْ دلت على بقيته[٢]، لأنه حصل برؤية البعض رؤية الباقي من حيث المعنى[٣].

ويحصل العلم بمعرفة المبيع برؤية متقدمة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع[٤]، لأن العلم من شروط صحة البيع وقد حصل العلم بطريقة هي الرؤية المتقدمة، فأشبه ما لو شاهداه حال العقد[٥].

= وأخرجه أبو داود في «السنن» كتاب البيوع، باب في بيع الغرر، ج٣، ص٦٧٢، والترمذي في «السنن» كتاب البيوع، باب كراهية بيع الغرر، ج٣، ص٥٣٢، وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي في «السنن» كتاب البيوع، باب بيع لاحصاة، ج٧، ص٢٦٢، وابن ماجه في «السنن» كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، ج٢، ص٧٣٩، وأحمد في «المسند»، ج٢، ص٤٣٦.

(١) تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٣، الدر المختار، ج٤، ص٥٢٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٢٧، المهذب، ج١، ص٢٧٠، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٧، الفروع، ج٤، ص٢١، المحرر، ج١، ص٢٩١، المبدع، ج٤، ص٢٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٣.

(٢) تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٣، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٣، مختصر خليل وشرحه منح الجليل، ج٤، ص٤٨٤، الشرح الصغير ومعه بلغة السالك، ج٢، ص٣٦٣، الوجيز، ج١، ص١٣٥، فتح العزيز، ج٨، ص١٤٩، المنهاج، ج٢، ص١٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٤، الفروع، ج٤، ص٢١، المبدع، ج٤، الإقناع، ج٢، ص٦٤، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٥.

(٣) تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٣.

(٤) النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٤٥، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٩٢، الهداية، ج٥، ص١٤٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٢، الدر المختار، ج٤، ص٦٠١، المدونة، ج٤، ص٢٠٧، مختصر خليل مع منح الجليل، ج٤، ص٤٨٦، الشرح الصغير مع بلغة السالك، ج٢، ص٣٦٦، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٩٥، مواهب الجليل، ج٥، ص٤٣٩، البهجة، ج٢، ص٢٠، التنبيه، ص٨٨، الوجيز، ج١، ص١٣٥، المنهاج، ج٢، ص١٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٩، المقنع، ج٢، ص٣١٩، الفروع، ج٤، ص٢١، الإقناع، ج٢، ص٦٥.

(٥) روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٩، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨، الكافي في فقه الإمام=

والمبيع منه ما يسرع تغيره، كالفواكه، وما يتوسط كالحيوان، وما يتباعد كالعقارات، فيعتبر كل نوع بحسبه(١).

ويحصل العلم بمعرفة المبيع بوصفه(٢) بالصفات التي تضبطه، وهي الصفات التي يترتب على ذكرها وعدمه اختلاف في الثمن غالبًا(٣)، وهي التي تكفي في السَّلم(٤).

وبعد هذا القدر من بيان اشتراط كون المبيع معلومًا أودُّ تفصيل القول في القدر الذي يكفي في رؤية العقار في البيع وبعض المسائل التي تتعلق بكون العقار معلومًا أو غير معلوم وذلك على النحو التالي:

=أحمد، ج٢، ص١٣، المبدع، ج٤، ص٢٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٣، حاشية المقنع، ج٢، ص١٢.

(١) تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٣ ـ ٨٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٦٠٢، المدونة، ج٤، ص٢٠٧ ـ ٢٠٨، مختصر خليل مع شرحه منح الجليل، ج٤، ص٤٨٦ ـ ٤٩٠، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٧٨، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٠٥، الشرح الصغير مع بلغة السالك، ج٢، ص٣٦٦، روضة الطالبين، ج٤، ص٣٦٩، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨ ـ ١٩، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٣، الإقناع، ج٢، ص٦٥ ـ ٦٦، المبدع، ج٤، ص٢٦، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٧، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٤، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، ص١٩٠.

(٢) البحر الرائق، ج٦، ص٢٨، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٣٠، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٤، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٥٧، المدونة، ج٤، ص٢٠٨ ـ ٢٠٩، مختصر خليل، ج٤، ص٤٨٩، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ٦٧٨، رسالة ابن أبي زيد القيرواني مع شرحها الفواكه الدواني، ج٢، ص١٠٤، بلغة السالك، ج٢، ص٣٦٥، الأم، ج٣، ص١٣٤، مختصر المزني، ص٧٥، التنبيه، ص٨٨، الوجيز، ج١، ص١٣٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٥٨، المقنع، ج٢، ص١١، الفروع، ج٤، ص٢٢، المبدع، ج٤، ص٢٥، التنقيح، ص١٢٤، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٣، ٢٩٢.

(٤) المقنع، ج٢، ص١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٣، المحرر، ج١، ص٢٩١، الفروع، ج٤، ص٢٢، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٦.

المسألة الأولى: رؤية العقار المبيع:

اختلف الفقهاءُ في رؤية العقار، هل يكفي رؤية بعضه أم أنه لا بد من رؤيته كله على قولين:

القول الأول: أنه يكتفى برؤية خارج البيوت وصحن[(١)] الدار، وأشجار البستان من خارج[(٢)]، «فالعقار إذا رأى الظاهر منه بطل خياره»[(٣)]، وبهذا قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني[(٤)].

وعلّلوا لذلك بأن النظر إلى جميع الدار متعذّرٌ؛ إذ لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر، وإلى ما بين الحيطان من الجذوع، فلمَّا سقط شرط رؤية الكل، أقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل[(٥)].

القول الثاني: أنه لا بدَّ من رؤية الداخل، ففي الدار لا يكتفى برؤية خارجها، بل لا بدَّ من رؤية الداخل، وكذلك في البستان، وبهذا قال زفر من الحنفية[(٦)] وبه يفتي[(٧)]، وهو قول ابن أبي ليلى[(٨)]، والشافعية؛ حيث قالوا:

---

(١) صحن الدار: ساحتها. (اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص١٧).
(٢) مختصر القدوري، ج٢، ص١٧، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص١٨٩، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٤٤، الهداية، ج٤، ص٥، ص١٤٤، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٤، البحر الرائق، ج٦، ص٣٢، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٦٣.
(٣) النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٤٤، وانظر: الفتاوى الهندية، ج٣، ص٦٣.
(٤) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٩٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٦.
(٥) العناية، ج٥، ص١٤٤، البحر الرائق، ج٦، ص٣١، فتح القدير، ج٥، ص١٤٤.
(٦) الهداية، ج٥، ص١٤٤، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٥، النتف في الفتاوى، ج١، ص١٤٤، البحر الرائق، ج٦، ص٣٢، الدر المختار، ج٤، ص٥٩٨، كشف الحقائق، ج٢، ص١١.
(٧) بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٤، الهداية، ج٥، ص١٤٤، فتح القدير، ج٥، ص١٤٤، البحر الرائق، ج٦، ص٣٢، الدر المختار، ج٤، ص٥٩٨، كشف الحقائق، ج٢، ص١١.
(٨) العناية، ج٥، ص١٤٤.

«الرؤية في كل شيء على حسب ما يليق به، ففي شراء الدار لا بد من رؤية البيوت، والسقوف، والسطوح، والجدران، داخلًا وخارجًا، والمستحم، والبالوعة.

وفي البستان: يشترط رؤية الأشجار، والجدران، ومسايل الماء، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوهما»[(١)].

«ويشترط رؤية الأرض في ذلك ونحوه»[(٢)].

ومما سبقَ يتضح مذهب الحنفية، والشافعية.

أما مذهبُ المالكية، والحنابلة فلم أجد ـ بجهدي المتواضع ـ نصًّا صريحًا لهم في رؤية العقار عند البيع، كما هو الحال عند الحنفية والشافعية، لكن يمكن استنتاج قولهم من بعض نصوصهم، وأن قولهم في رؤية العقار عند البيع مثل قول الشافعية.

ففي المذهب المالكي: جاء في مختصر خليل قوله:

«وجاز برؤية بعض المثلي»[(٣)].

فقوله: «المثلي» احترازٌ عن المقوم، فلا تكفي رؤية بعضه[(٤)]، والعقار من المقوم فلا تكفي رؤية بعضه.

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٥٢، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٧١، المجموع، ج٩، ص٢٩١، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣٢٠. وانظر مغني المحتاج، ج٢، ص٢٠، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٦.

(٢) مغني المحتاج، ج٢، ص٢٠، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٦.

(٣) مختصر خليل، ج٤، ص٢٨٤.

(٤) منح الجليل، ج٤، ص٤٨٤، وقال ابن عبد السلام: «ظاهر الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلي في كفاية رؤية البعض». والراجح عند المالكية الأولى. (انظر: حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٤، بلغة السالك، ج٢، ص٣٦٤، منح الجليل، ج٤، ص٣٨٤).
ومما يؤيد أنه لا بد من رؤية داخل الدور عند المالكية ما جاء في الشرح الصغير، =

وقال أحمد الدردير:

وجاز البيعُ على رؤية بعض المثلي من مكيل وموزون، كقطن وكتان بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه كثوب من أثواب»[(١)].

وفي المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة: «وما لا تختلف أجزاؤه كصبرة الطعام.. يكتفى برؤية بعضه، لأنها تزيل الجهالة لتساوي أجزائه.. ويكتفي بالرؤية فيما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب»[(٢)].

وجاء في «كشاف القناع»[(٣)] قوله:

«أن يكون المبيع معلومًا لهما.. برؤية تحصل بها معرفته.. أو برؤية لبعضه إن دلَّت رؤية بعضه على بقيته لحصول المعرفة بها وإلا تدل رؤية بعضه على بقيته.. فلا تكفي رؤية بعضه...».

ثم قال بعد ذلك: «وما لا تتساوى أجزاؤه كأرض وثوب ونحوهما.. فتكفي فيه الرؤية لكل فرد منه، ولا يكتفى برؤية بعض الأفراد عن بعض»[(٤)].

وبناء على هذا يكون قول المالكية والحنابلة ـ حسب فهمي ـ مثل قول زفر، والشافعية من أنه لا بدَّ من رؤية داخل الدور عند البيع ولا يكتفى برؤية خارجها.

=ج٢، ص٣٤٩، حيث قال: وشرط صحة المعقود عليه طهارة.. وانتفاع به شرعًا... وعدم نهي.. وقدرة على تسليمه.. وعدم جهل به فلا يصح بيع مجهول الذات، ولا القدر ولا الصفة».

(١) الشرح الصغير، ج١ ص ٣٦٣، وانظر: الشرح الكبير له ج٣ ص ٢٤.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٤، ١٦.

(٣) ج٣، ص١٦٣.

(٤) كشاف القناع، ج٣، ص١٧٠.

وقد علل لهذا القول:

بأن الدور تتفاوت بكثرة المرافق وقلتها، فلا يصير معلومًا بالنظر إلى خارجها، فلا بدَّ من رؤية داخل الدار؛ لاختلاف الأبنية داخل الدور اختلافًا كبيرًا فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل[1].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول الثاني، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن هذا القول يتفق مع العُرف العام عند الناس من أنه لا بدَّ من رؤية داخل البيوت عند البيع، «والمعروف عرفًا كالمشروط شرعًا»[2].

السبب الثاني: أن رؤيةَ خارج البيوت وساحة الدار لا يحصل به معرفة العقار المبيع لاختلاف العقار من الداخل اختلافًا كبيرًا، ورؤيته من الخارج لا يحصل بها المقصود، والقول بأن رؤية جميع الدار متعذر؛ لأنه لا يمكن النظر إلى ما تحت السرر، وإلى ما بين الحيطان غير مسلم؛ لأن المقصود رؤية ما يمكن رؤيته من الداخل، كما سبق بيانه مفصلًا عند الشافعية.

السبب الثالث: أن رؤية العقار من الداخل تؤدي إلى معرفته بشكل أدقّ، ومعرفة ما قد يكون فيه من عيوب فتنفي الجهالة المفضية إلى المنازعة.

والله أعلم...

---

(١) تحفة الفقهاء، ج٢، ص٨٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٤، وفتح القدير، ج٥، ص١٤٤، البحر الرائق، ج٦، ص٣٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٩٩، وانظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص١٨٣.

المسألة الثانية: بيع العقار اعتمادًا على رؤية سابقة:

يحصل العلم بمعرفة المبيع برؤية متقدمة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع غالبًا[(١)].

لأنه معلوم للمتعاقدين أشبه ما لو شاهداه حال العقد[(٢)].

ثم إن وجد العقار لم يتغير لزم البيع، ولا خيار له، وإن وجده متغيرًا فله الخيار، لأن ذلك كالعيب، ولأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة[(٣)].

وإن اختلف البائع والمشتري في التغير أو عدمه، بأن قال البائع: هذه الصفة التي هو عليها الآن هي الصفة التي كان عليها وقت رؤيتك إياه، وقال المشتري: بل تغير عن الصفة التي كان عليها وقت الرؤية.

---

(١) النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٤٥، تحفة الفقهاء، ج٥، ص١٤٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٢، الدر المختار، ج٤، ص٦٠١، المدونة، ج٤، ص٢٠٧، مختصر خليل، ج٤، ص٤٨٦، الشرح الصغير، ج٢، ص٣٦٦، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٩٥، مواهب الجليل، ج٥، ص٤٣٩، التنبيه، ص٨٨، المنهاج، ج٢، ص١٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٩، المقنع، ج٢، ص١٢، الفروع، ج٤، ص٢١، الإقناع، ج٢، ص٦٥.

(٢) روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٩، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٣، المبدع، ج٤، ص٦٥.

(٣) النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٤٥، الهداية، ج٥، ص١٤٩، الدر المختار، ج٤، ص٦٠١، المهذب، ج١، ص٢٧١، التنبيه، ص٨٩، فتح العزيز، ج٨، ص١٥٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٩، المجموع، ج٩، ص٢٩٦، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٣، المقنع، ج١، ص١٢، الكافي، ج٢، ص١٣، المبدع، ج٤، ص٢٦ ـ ٢٧، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٨، الإقناع، ج٢، ص٦٦.
ويلاحظ أن الغزالي من الشافعية ذكر وجهًا: بأنه إذا وجد المبيع متغيرًا تبين بطلان البيع لتبين بطلان المعرفة. ينظر في ذلك: فتح العزيز، ج٨، ص١٥٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٧٠، المجموع، ج٩، ص٢٩٦.

فقد اختلف الفقهاء في من يعتبر قوله منهما على قولين:

القول الأول: أن القول قول البائع مع يمينه، وبه قال الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، وهو وجه مرجوح عند الشافعية[(٣)]، وقول في مذهب الحنابلة[(٤)].

وعللوا لذلك:

بأن البيع معلقٌ على صفة المبيع الذي رآه عليها، والأصل بقاؤها فمن ادَّعى التغير ـ وهو المشتري ـ فقد ادَّعى أمرًا حادثًا، والأصل عدمه فلا تقبل دعواه إلا ببينة[(٥)].

القول الثاني: أن القول قولُ المشتري مع يمينه، وبهذا قال الشافعية على الصحيح من المذهب[(٦)]، وهو المذهب عند الحنابلة[(٧)].

وعللوا لذلك:

بأن البائع يدعي على المشتري الاطلاع على المبيع على هذه الصفة

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص١٩، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٩٢، الهداية، ج٢، ص٩٢، الهداية، ج٥، ص١٤٩، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٩.
(٢) البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص٢٠.
(٣) فتح العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٥٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٧٠، المجموع، ج٩، ص٢٩٧.
(٤) الفروع، ج٤، ص٢٢، النكت والفوائد السنية على شكل المحرر، ج١، ص٢٩٤، المبدع، ج٤، ص٢٧، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٨.
(٥) فتح القدير، ج٥، ص١٤٩ ـ ١٥٠، البهجة في شرح التحفة، ج٢، ص٢٠.
(٦) المهذب، ج١، ص٢٧١، التنبيه، ص٨٩، فتح العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٥٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٧٠، المجموع، ج٩، ص٣٩٧.
(٧) المقنع، ج١، ص١٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٣، المحرر، ج١، ص٢٩٤، المبدع، ج٤، ص٢٧، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٨، وقال فيه: هذا المذهب، جزم به في المغني، والشرح، والوجيز، وغيرهم.

والرضى به، وهو ينكره فأشبه ما إذا ادَّعى عليه الاطلاع على العيب وأنكره المشتري[١].

ولأن الثمن يلزم المشتري فلا يلزمه إلا ما اعترف به[٢]؛ لأن الأصلَ براءة الذمة من الثمن، فلا يلزمه ما لم يلتزم به[٣]، ولم توجد بينة ولا اعتراف[٤].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول الأول ـ وهو أن القول قولُ البائع مع يمينه، وذلك لوجاهة ما استدلّ به له.

وأما ما استدل به للقول الثاني فيمكن مناقشته بأن المدعي في هذه المسألة هو المشتري، لأنه يدعي تغير المبيع، والبائع ينكر التغير، والبينة على المدعي واليمين على من أنكر.

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ج٨ نص١٥٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٧٠، المجموع، ج٩، ص٢٩٧، مغني المحتاج، ج٢، ص١٩.

(٢) المهذب، ج١، ص٢٧١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٣.

(٣) المبدع، ج٤، ص٢٧، شرح منتهى الإيرادات، ج٢، ص١٤٧، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٥.

(٤) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ج١، ص٢٩٤.
وقال فيه بعد ذكره: إن القول قول المشتري مع يمينه:
«وهذه المسألة يتوجه فيها قولان آخران: أحدهما: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير وعدم اشتراط الصفة المدعاة.
والقول الآخر: أنهما يتحالفان لظهور التعارض، كما لو اختلفا في قدر الثمن أو صفته..».
فتحصل عندي أن للحنابلة في المسألة ثلاثة أقوال:
الأول: أن القول قول المشتري مع يمينه، وهذا المذهب.
الثاني: أن القول قول البائع.
الثالث: أنهما يتحالفان.

ولأنه إذا اختلف المتعاقدان، فقال المشتري: بعتني هذين بمائة، وقال البائع: بل أحدهما، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم بيع الآخر[1]، فكذلك هنا ينبغي أن يكون القول قول البائع، خاصة أن العقار مما يتباعد تغيره.

المسألة الثالثة: بيع العقار بالصفة:

تحدثت في المسألتين السابقتين عن حصول معرفة العقار المبيع بالرؤية، سواء كانت تلك الرؤية مقارنة للعقد أو متقدمة عليه، وفي هذه المسألة أتحدث عن حكم بيع العقار بالصفة دون الرؤية، هل يصح بيعه بمجرد الوصف؟ نصوص الفقهاء التي اطلعت عليها بعضها غير صريح في بيان الحكم.

لذا أوردها وأبين ما فهمته منها:

المذهب الحنفي:

تكلَّم الحنفية عن شراء ما لم يره، وبيع ما لم يره.

فقال صاحب الدر المختار[2]:

«صحَّ الشراء والبيع لما لم يرياه، والإشارة إليه، أي: المبيع، أو إلى مكانة شرط الجواز فلو لم يشر إلى ذلك لم يجز إجماعًا».

---

(١) قال في النكت، ج١، ص٢٩٤، بعد أنْ قدم أنَّ القول قول المشتري: «ويتوجه فيها قولان آخران: أحدهما أن القول قول البائع..
والقول الآخر: أنهما يتحالفان...» ثم قال بعد ذلك..
وجعل الأصحاب المذهب هنا قول المشتري، مع أن المذهب عندهم فيما إذا قال: «بعتني هذين بمائة؟ قال: بل أحدهما بخمسين، أو بمائة: إن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم بيع الآخر، مع أن الأصل السابق موجود هنا وهو مشكل». ونقل ذلك عنه المرداوي في الإنصاف، ج٤، ص٢٩٨، ٢٩٩.

(٢) ج٤، ص٥٩٣.

وبيَّن ابن عابدين ـ نقلًا عن النهاية ـ المراد بذلك، فقال:

«صحَّ شراء ما لم يره: يعني شيئًا مسمى موصوفًا أو مشارًا إليه، أو إلى مكانه، وليس فيه غيره بذلك الاسم»[(١)].

ثم بيّن رحمه الله أنَّ بيان حدود الأرض ينفي عنها الجهالة الفاحشة، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع فقال في أثناء حديثه عن بيان معنى قدر المبيع ووصفه والذي يظهر من كلامهم تفريعًا وتعليلًا أن المراد بمعرفة القدر، والوصف: ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو حاضرا في مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات.. أو ببيان مكانه الخاص.. أو ببيان حدود الأرض ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته»[(٢)].

وقال قاضيخان ما نصه:

«رجل اشترى دارًا هي في بلدة أخرى، فقال البائع للمشتري: سلمتها إليك، ثم امتنع المشتري عن أداء الثمن لعدم الرؤية وعدم القبض حقيقة كان له أن يردها بخيار الرؤية، فإن لم يردها يؤمر البائع بأن يخرج مع المشتري إلى تلك البلدة، أو يبعث وكيلًا إلى تلك البلدة فيقبض الوكيل الثمن ويسلم الدار إليه»[(٣)].

فقوله: رجل اشترى دارًا هي في بلدة أخرى إلى قوله كان له أن يردها بخيار الرؤية: صريح في بيع العقار بدون رؤية.

---

(١) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٣٠، ٥٩٣.
(٢) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٣٠.
(٣) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص١٩٣.

وقد استدل الحنفية على أنه لا خيار لمن باع ما لم يره بأثر أوردوه فيه ذكر العقار[١].

فقال المرغيناني في «الهداية»[٢]:

«وروي أن عثمان بن عفان باع أرضًا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، فحكّما بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة[٣]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم».

ومما سبق: يظهر لي أنه يصح شراء العقار عند الحنفية وإن لم ير ويكفي في ذلك معرفة حدوده والبلد الذي هو فيه.

مذهب المالكية:

أبرز من تكلَّم عن بيع العقار بالصفة بوضوح تام هم المالكية ـ فيما اطلعت عليه ـ.

جاء في «البيان والتحصيل»[٤] قوله:

«قال مالك في الدار الغائبة تشترى بصفة: لا يجوز أن يشتريها إلا مذارعة، وذكرها سحنون من رأيه.

---

(١) انظر في ذلك: بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩٢، العناية، ج٥، ص١٤٠، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٩٦، مجمع الأنهر، ج٢، ص٣٥.

(٢) ج٥، ص١٤٠.

(٣) الأثر أخرجه الطحاوي في: «شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، ج٤، ص١٠ عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالًا، فذكره. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة، ج٥، ص٢٥٨. وقد أورده: الزيلعي في نصب الراية، ج٤، ص٩ ـ ١٠ وسكت عنه.

(٤) ج،٧، ص٣٢٥ ـ ٣٢٦.

قال محمد بن رشد: قوله في الدار الغائبة تشترى بصفة: أنه لا يجوز أن يشتريها إلا مذارعة، معناه: أنه لا بد في صفتها من تسمية ذرعها، فيقال اشترى منه الدار التي ببلد كذا بموضع كذا، وحدّها كذا، وصفتها كذا، وذرع ساحتها في الطول كذا وكذا، وفي العرض كذا وكذا، وطول بيتها الكذا، كذا وكذا ذراعًا، وعرضه كذا وكذا ذراعًا، حتى يأتي على جميع مساكنها ومنافعها بالصفة والذرع، ولو وصف بناءها وذكر صفة أنقاضها وهيئة مساكنها، وقدرها بالكبر أو الصغر أو الوسط، واكتفى من تذريعها بأن يقول على أن فيها كذا وكذا ذراعًا لجاز ذلك، والأول أتم وأحسن».

وهذا الذي ذكره ابن رشيد ظاهر في أن المالكية يصح عندهم بيع العقار بالصفة.

ويصح عند المالكية بيع الغائب بالصفة على اللزوم، فإن كان عقارًا صح اشتراط تعجيل الثمن للبائع سواء كان قريبًا أو بعيدًا، وإن كان غير عقار فلا يصح اشتراط تعجيل الثمن فيه إلا إن كان قريبًا[١].

قال في «المدونة»[٢]:

«أرأيت أصل قول مالك: أن من باع عروضًا أو حيوانًا أو ثيابًا بعينها، وذلك الشيء في موضع غير موضعهما، إنه إذا كان ذلك قريبًا لم يكن بذلك بأس، ولا بأس بالنقد في ذلك، وإن كان ذلك بعيدًا جاز البيع ولا يصلح النقد في ذلك إلا أن يكون دورًا أو أرضين أو عقارًا، فإنه لا بأس بالنقد في ذلك بشرط كان قريبًا أو بعيدًا.

قال: نعم هذا قول مالك.

---

(١) مختصر خليل، ج٤، ص٤٩٠، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٧، الشرح الصغير، ج٢، ص٣٦٦، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٧٨، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٧.

(٢) ج٤، ص٢١٣.

قال: وقال مالك: وذلك أن الدور والأرضين أمر مأمون».

ومما سبق يتضح أن المالكية يصح عندهم بيع العقار بالصفة، مع أن العقار لا يصح السلَّم فيه، وقد بيَّن السبب في ذلك ابن رشد فقال:

«وإنما لم يجز السَّلم في الدور والأرضين؛ لأن السلم لا يجوز إلا بالصفة، ولا بد في صفة الدور والأرضين من ذكر موضعها، وإذا ذكر موضعها تعينت، فصار السلم فيها، كمن ابتاع من رجل دارًا على أن يتخلصها له منه، وذلك من الغرر الذي لا يحل ولا يجوز، لأنه لا يدري بكم يتخلصها منه، وربما لم يقدر على أن يتخلصها منه، ومتى لم يقدر على أن يتخلصها منه رد إليه رأس ماله فصار مرة بيعًا ومرة سلفًا، وذلك سلف جرَّ نفعًا»(١).

المذهب الشافعي:

الصحيح في مذهب الشافعية: أنه لا يصح بيع العين الغائبة التي لم تر سواء وصفت أو لم توصف(٢).

والقول الثاني عندهم: يصح البيع، ويثبت للمشتري الخيار إذا رأها(٣).

فعلى القول الأول: لا يصح بيع العقار بالصفة عندهم فيما يظهر لي.

(١) المقدمات الممهدات، ج٢، ص٥١٦.

(٢) الأم، ج٣، ص٢٠، مختصر المزني، ص٧٥، المهذب، ج١، ص٢٧٠، التنبيه، ص٨٨، الوجيز، ج١، ص١٣٥، فتح العزيز، ج٨، ص١٤٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٨، المجموع، ج٩، ص٣٠١، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٧.

(٣) التنبيه، ص٨٨، الوجيز، ج١، ص١٣٥، فتح العزيز، ج٨، ص١٤٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٨، المجموع، ج٩، ص٣٠١، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨.

وأما على القول الثاني، وهو صحة بيع الغائب، فإنه يصح بيع العقار الغائب بناء على ما نقله النووي عن الماوردي؛ حيث قال:

«إن كان المبيع مما لا ينقل كالدار والأرض: اشترط ذكر البلد الذي هو فيه، فيقول بعتك دارًا ببغداد، وفي اشتراط ذكر البقعة من البلد: وجهان»[(١)].

المذهب الحنبلي:

يشترط عند الحنابلة (رحمهم الله) في البيع بالصفة أن يكون مما يصح السلم فيه:

قال في «المحرر»[(٢)]:

«ولا يصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع برؤية وقت العقد، أو قبله بزمن لا يتغير فيه غالبًا، أو بصفة تكفي في السلم، إن كان مما يجوز السلم فيه».

وجاء في «التنقيح المشبع»[(٣)] قوله:

«ويشترط رؤية متعاقدين له مقارنة لجميعه أو بعضه إذا دلت على بقيته.. أو وصفه بما يكفي في السلم إن صح السلم فيه».

وقال في شرح منتهى الإرادات[(٤)]:

«فالبيع بالوصف مخصوص بما يصح السلم فيه».

وبناء على هذه النصوص لا يصح بيع العقار بالصفة عند الحنابلة، لأن البيع بالصفة مخصوص بما يصح السلم فيه والعقار لا يصح السلم فيه.

---

(١) المجموع، ج٩، ص٢٩٣.
(٢) ج١، ص٢٩١.
(٣) ص٢٤.
(٤) ج٢، ص١٤٦.

غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية استنتج مما نقله عن القاضي، وابن قدامة: أن بيع العقار بالصفة جائز.

قال ابن مفلح في «النكت والفوائد السنية»[١] ما نصه:

«ولما احتجَّ الحنفية لمذهبهم في صحة بيع الغائب من غير رؤية ولا صفة بما روي عن الصحابة ﷺ من بيع العقار: حمل القاضي، والشيخ موفق الدين ذلك على أنه يحتمل أن يكون وصف له.

قال الشيخ تقي الدين: «وهذا يقتضي أن بيع العقار بالصفة جائز، والعقار لا يجوز فيه السلم، فعلم أن هذا أوسع من باب السلم».

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ صحة بيع العقار بالصفة فإن وجده أدنى مما وصفه له، فله الخيار وإلا فلا.

ولا بد في وصف العقار من ذكر البلد، والموضع، والحدود، والمساحة، ووصف البناء، والمواد المستعملة فيهن وعدد غرف الدار وهيئة مساكنها، وكل ما من شأنه ضبط العقار بالصفات التي تبعده عن الجهالة وتجعله معلومًا، على نحو ما ذكره ابن رشد المالكي.

المسألة الرابعة: كون العقار معلومَ القدر:

وفي ذلك صور:

الصورة الأولى: إذا قال البائع للمشتري بعتك هذه الدار أو هذه الأرض، وأراه حدودها أو كان المشتري يعرف حدودها صحَّ البيع[٢]، ولا

---

(١) ج١، ص٢٩٢.

(٢) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص١٣٥، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٣٠، مختصر خليل، ج٤، ص٤٨٢، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٣، بلغة السالك، ج٢، ص٣٦٢، المهذب، =

يشترط معرفة جيرانها[١]، ويصح البيع وإن لم يعرف مساحتها؛ لأن غرر الجهالة ينتفي بالمشاهدة[٢].

الصورة الثانية: إذا قال البائع بعتك ثلث هذه الأرض أو ربع هذه الدار صح البيع[٣]، سواء علمَا ذرعانها أم لا[٤].

لأن من عرَف الشيء عرَف ثلثه وربعه[٥].

الصورة الثالثة: إذا قال في الأرض أو الدار بعتك من هنا إلى هنا صحَّ البيع[٦]، سواء علما ذرع ذلك أم لا، وسواء علما أمتار ذلك أم لا.

لأن المبيع معلوم بالمشاهدة[٧].

وإن وقف في وسطها فقال: بعتك أذرعًا «وسمَّاها»، ولم يبين إلى أي جهة تذرع لم يصح؛ لأنه يختلف ويتفاوت به الغرض[٨].

=ج١، ص٢٧٢، فتح الوهاب، ج١، ص١٦٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٥، ١٦، الإقناع، ج٢، ص٦٩، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٠.

(١) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص١٣٥.
(٢) المهذب، ج١، ص٢٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٥.
(٣) المهذب، ج١، ص٢٧٢، المجموع، ج٩، ص٣١٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٥، ١٦، الإقناع، ج٢، ص٦٨، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٠.
(٤) المجموع، ج٩، ص٣١٦.
(٥) المهذب، ج١، ص٢٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٥.
(٦) المهذب، ج١، ص٢٧٢، المجموع، ج٩، ص٣١٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨، المبدع، ج٤، ص٣٢، الإقناع، ج٢، ص٦٩، حاشية المقنع، ج٢، ص١٥.
(٧) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨، المبدع، ج٤، ص٣٢، حاشية المقنع، ج٢، ص١٥.
(٨) المجموع، ج٩، ص٣١٦.

وإن قال بعتك عشرة أذرع ابتداؤها من هذا المكان ولم يعين انتهاءها أو بالعكس(١)، فقد اختلف في ذلك قولين:

القول الأول: لا يصح البيع، وهو وجه مرجوح عند الشافعية(٢)، وبه قال الحنابلة(٣).

«لأنه لا يعلم إلى أين ينتهي قياس العشرة فيؤدي إلى الجهالة»(٤). وقد ينتهي الذرع إلى موضع يخالف موضع الابتداء(٥).

القول الثاني: يصح البيع، وهو وجه عند الشافعية(٦).

قال في «المجموع»(٧): «وصحَّحه الأكثرون».

---

(١) قال الحنابلة: ومثله في الحكم لو قال: بعني نصف دارك التي تلي داري، يكون تعيينًا لابتداء النصف دون انتهائه، قال الإمام أحمد: لأنه لا يدري إلى أين ينتهي النصف الذي يلي الدار، فيؤدي إلى الجهالة بالمبيع. وإن قصد بقوله: بعتك نصف داري التي تلي دارك، الإشاعة في النصف على إطلاقه، فيكون مشاعًا صحَّ البيع في النصف مشاعًا لعدم الجهالة. (الفروع، ج٤، ص٢٨، المبدع، ج٤، ص٣٢، الإنصاف، ج٤، ص٣٠٦، الإقناع، ج٢، ص٦٩، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٠).

(٢) المهذب، ج١، ص٢٧٢، فتح العزيز، ج٨، ص١٣٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٠، المجموع، ج٩، ص٣١٧.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨، المبدع، ج٤، ص٣٢، الإنصاف، ج٤، ص٣٠٦.
الإقناع، ج٢، ص٦٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٩، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٠

(٤) كشاف القناع، ج٣، ص١٧٠.

(٥) المهذب، ج١، ص٢٧٢، المجموع، ج٩، ص٣١٧.

(٦) المهذب، ج١، ص٢٧٢، فتح العزيز، ج٨، ص١٣٦، المجموع، ج٩، ص٣١٧.
ويلاحظ أنني لم أجد عند الحنفية والمالكية نصًّا في هذه المسألة فيما اطلعت عليه من كتبهم.

(٧) ج٩، ص٣١٧.

وعلّلوا لذلك:

بانتفاء الغرر[١]؛ لأنه يشاهد السمت[٢].

الصورة الرابعة: إذا قال البائع بعتك عشرة أذرع من هذه الدار أو من هذه الأرض كل ذراع بدرهم[٣]، فله حالتان:

الحالة الأولى: إن كانت ذرعانها مجهولة لهما أو لأحدهما لم يصح البيع عند الجمهور[٤].

وعلّلوا لذلك: بأن أجزاء الدار والأرض تختلف[٥]، ولأنه لا يعلم قدره منها فيكون مجهولًا[٦].

وعلّل لذلك في «الفروع»[٧] بقوله: «لأنه لا معينًا ولا مشاعًا».

وبيَّن ذلك صاحب المهذب بعبارة أوضح فقال:

«لأنه إن جعل البيع في عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه

---

(١) المجموع، ج٩، ص٣١٧.

(٢) المهذب، ج١، ص٢٧٢.
ومعنى يشاهد السمت: أي: الجهة، وأصله الطريق والهيئة. القاموس المحيط، باب التاء، فصل السين، ج١، ص١٥٠، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج١، ص٢٧٢.

(٣) أما لو قال: بعتك من هذه الدار أو من هذه الأرض كل ذراع بدرهم، ولم يسم جملة المبيع فلا يصح البيع؛ لأن أجزاء الأرض والدار تختلف. (المجموع، ج٩، ص٣١٦، المبدع، ج٤، ص٣٦، الإنصاف، ج٤، ص٣١٥).

(٤) الهداية، ج٥، ص٩٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٤، المهذب، ج١، ص٢٧٢، فتح العزيز، ج٨، ص١٣٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٠، المجموع، ج٩، ص٣١٦، المقنع، ج٢، ص١٥، الكافي، ج٢، ص١٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨، المحرر، ج١، ص٢٩٥، الإنصاف، ج٤، ص٣٠٥.

(٥) المجموع، ج٩، ص٣١٦، المبدع، ج٤، ص٣١، حاشية المقنع، ج٢، ص١٥.

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٤.

(٧) ج٤، ص٢٨.

عشرها أو ثلثها أو سدسها، وإن جعل البيع في عشرة أذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع فإن أجزاء الدار تختلف، وقد يكون بعضها أجود من بعض»[١].

وقيل يصح البيع، وإن كانت ذرعان الأرض أو الدار مجهولة.

وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية على الصحيح من قوليهما[٢]، وهو قول مرجوح في مذهب الحنابلة[٣].

وعلّل لذلك في «فتح القدير»[٤] بقوله:

«لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة.. العشرة منها فيعلم قدر المبيع».

الترجيح:

يترجح القول الأول لوجاهة ما علّل به من ذهب إليه، وأما ما علّل به للصحة من أن الجهالة ممكن إزالتها بأن تقاس الأرض كلها فهو محل نظر؛ لأن اعتبار الجهالة هو وقت العقد، ووقت العقد العشرة أذرع مجهولة لعدم معرفة ذرعان الأرض أو الدار حينئذٍ.

الحالة الثانية: إن كانت ذرعان الأرض أو الدار معلومة للمتعاقدين فقد اختلف الفقهاء في حكم البيع على قولين:

القول الأول: يصح البيع ويحمل على الإشاعة[٥]، فإذا كانت مائة

---

(١) المهذب، ج١، ص٢٧٢.
(٢) فتح القدير، ج٥، ص٩٤، الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٥.
(٣) الفروع، ج٤، ص٢٨، الإنصاف، ج٤، ص٣٠٦.
(٤) ج٥، ص٩٤، ونقل ذلك عنه ابن عابدين في حاشيته، ج٤، ص٥٤٥.
(٥) إن أرادا أذرعًا معينة لم يصح البيع؛ لأن الأرض لا تتساوى أجزاؤها فيكون البيع=

ذراع، كان المبيع عشرها مشاعًا[(١)]، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية[(٢)]، وهو مذهب الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

وعلّلوا لذلك:

بأنه في صورة المسألة التي معنا: كأنه قال له بعتك عشرها[(٥)]، لأن العشرة من المائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول: بعتك عشرها وأن يقول: بعتك عشرة من مائة ذراع من هذه الأرض أو الدار[(٦)].

ولأن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم[(٧)].

=مجهولًا فهو كما لو باعه شاة من قطيع أو عبدًا من عبيد. المجموع، ج٩، ص٣١٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨.

(١) قال النووي في المجموع، ج٩، ص٣١٦: «ولو اختلفا، فقال المشتري: أردت الإشاعة؛ فالعقد صحيح، فقال البائع: بل أردت معينًا ففيمن يصدق: احتمالان أرجحهما: يصدق البائع لأنه أعلم بنيته».

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص٢٢، الهدية، وشرحيها العناية وفتح القدير، ج٥، ص٩٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٣.

(٣) المهذب، ج١، ص٢٧٢، فتح العزيز شرح الوجيز، ج٨، ص١٣٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٠، المجموع، ج٩، ص٣١٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٦.

(٤) المقنع، ج٢، ص١٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨، المحرر، ج١، ص٢٩٥، الفروع، ج٤، ص٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٥٠.

(٥) المبدع، ج٤، ص٣١، شرح منتهى الإرادات.

(٦) المهذب، ج١، ص٧٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨.

(٧) الهداية، ج٥، ص٩٣، العناية نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٥، كشف الحقائق، ج٢، ص٤، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق، ج٢، ص٥.

القول الثاني: لا يصح البيع، وهو قول أبي حنيفة[١]، وحكاه الرافعي وجهًا في مذهب الشافعية[٢].

وعلل لذلك أبو يوسف بقوله:

«لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من الدار والأرض»[٣].

ووضّح ذلك ابن عابدين الحنفي، فقال:

«إن البيع وقع على قدر معين من الدار لا شائع؛ لأن الذراع في الأصل اسم لخشبة يذرع بها، واستعير ههنا لما يحله، وهو معين لا مشاع، لأن المشاع لا يتصور أن يذرع، فإذا أريد به ما يحله، وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد ووجه كون الموضع مجهولًا أنه لم يبين أنه من مقدم الدار، أو من مؤخرها، وجوانبها تتفاوت قيمة، فكان المعقود عليه مجهولًا جهالة مفضية إلى النزاع، فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار»[٤].

فحاصل وجهة قول أبي حنيفة: أن الذراع هنا عبارة عن بقعة بعينها، وموضعه مجهول فلا يصح البيع[٥].

---

(١) الهداية، ج٥، ص٩٣، العناية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٥، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٣، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، كشف الحقائق، ج٢، ص٤، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية بهامش كشف الحقائق، ج٢، ص٥.

(٢) فتح العزيز، ج٨، ص١٣٦، المجموع، ج٩، ص٣١٦، ولم أعثر على نص للمالكية في هذه المسألة.

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص٢٢.

(٤) حاشية ابن عابدين، ج٤، ٥٤٥، وانظر في نفس المعنى العناية، ج٥، ص٩٤، فتح القدير نفس الجزء والصفحة، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٣، كشف الحقائق، ج٢، ص٤.

(٥) فتح القدير، ج٥، ص٩٣، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨.

وحاصل وجهة نظر الجمهور: أن بيع عشرة أذرع من مائة ذراع مثلًا هو شائع لا معين، وبيع الشائع جائز؛ ولذا قالوا: إنه إذا أراد أذرعًا معينة لم يصح، كما سبقت الإشارة إليه.

قال ابن الهمام الحنفي بعد ذكره قول الصاحبين، وقول أبي حنيفة: «ومبنى الخلاف على أن المؤدي من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع، فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة، وبيع الشائع جائز اتفاقًا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم، وعنده مؤداه قدر معين، والجوانب مختلفة الجودة، فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع، فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار شائع لم يختلفوا، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا»[١].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ قول الجمهور لوجاهة ما علّلوا به.

وأما ما علّل به لقول أبي حنيفة فهو غير مسلم؛ لأن الذراع «عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءًا منها»[٢].

ولأن بيان جملة ذرعان الدار أو الأرض قرينة ظاهرة على أنه إنما أراد بيع الشائع، لأن به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها العشر، ولو لم يرد بيع العشر مشاعًا لما كان في بيان جملة ذرعان الدار أو الأرض فائدة، لأن العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه»[٣].

* * *

(١) فتح القدير، ج٥، ص٩٣.
(٢) الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨.
(٣) فتح القدير، ج٥، ص٩٤.



الشرط السابع

من شروط صحة البيع

أن يكون الثمن معلومًا(١) للمتعاقدين حالَ عقد البيع(٢).

لأن جهالة الثمن غررٌ فيكون منهيًّا عنه لدخوله في عموم حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الغرر». رواه مسلم(٣).

ولأن الثمن أحدُ العوضين فيشترط العلم به كالمبيع، وكالمسلم فيه(٤).

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٥، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٣٦، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٤٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٦، الهداية، ج٥، ص٨٣ن مختصر خليل، ج٤، ص٤٦٥، الشرح الكبير للدردير، ج٣، ص١٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٥، بلغة السالك، ج٢، ص٣٥٦، المهذب، ج١، ص٢٧٣، التنبيه، ص٨٩، المجموع، ج٩، ص٣٣٣، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣٢١ ـ ٣٢٢، المقنع، ج٢، ص١٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٧، الفروع، ج٤، ص٣٠، المبدع، ج٤، ص٣٤.

(٢) فتح القدير، ج٥، ص٨٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٢٩، منح الجليل، ج٤، ص٤٦٥، المجموع، ج٩، ص٣٣٣، الإقناع، ج٢، ص٧٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٥٠، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٣.

(٣) المهذب، ج١، ص٢٧٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٧، المبدع، ج٤، ص٣٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٣.

(٤) المبدع، ج٤، ص٣٤.

ولأن المبيع يحتمل رده بعيب ونحوه، فلو لم يكن الثمن معلومًا لتعذّر الرجوع به[١].

وإذا ثبت اشتراط كون الثمن معلومًا في البيع فيتفرّع عن ذلك اشتراط العلم بالثمن في بيع العقار، فلا بد أن يكون معلومًا للمتعاقدين، ويترتب على ذلك بيان الحكم فيما لو قال: بعتك هذه الأرض كل ذراع بدرهم، أو قال: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم، وتفصيل القول فيهما على النحو التالي:

المسألة الأولى: بعتك هذه الأرض كل ذراع بدرهم:

إذا قال البائع للمشتري بعتك هذه الدار أو هذه الأرض كل ذراع بدرهم، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: يصح البيع سواء علما ذرعانها أم لا، وبهذا قال الصاحبان من الحنفية[٢]، وهو قول المالكية[٣]، وهذا هو المذهب عند الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

---

(١) المبدع، ج٤، ص٣٤.

(٢) الأصل، ج٥، ص٨٨، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٩، الهداية مع شرحيها: العناية وفتح القدير، ج٥، ص٨٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص١١، الدر المختار، ج٤، ص٥٤٠، كشف الحقائق، ج٢، ص٣، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٢٣.

(٣) المدونة، ج٤، ص٢٩٣، البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٥، مختصر خليل، ج٤، ص٤٧١، الشرح الصغير، ج٢، ص٣٥٩، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧.

(٤) التنبيه، ص٨٩، المجموع، ج٩، ص٣١٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، مغني المحتاج، ج٢، ص١٧، نهاية المحتاج، ج٣، ص٣٩٩، فتح الوهاب، ج١، ص١٥٩، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٦.

(٥) المقنع، ج٢، ص١٧، المغني، ج٤، ص١٤٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٣١، المبدع، ج٤، ص٣٦، الإنصاف، ج٤، ص٣١٢.

وبناء على هذا القول يلزم المشتري قيمة الأرض أو الدار كل ذراع بدرهم ولا خيار له[١].

القول الثاني: لا يصح البيع، وهو قول مرجوح في مذهب الحنابلة[٢]، وبه قال ابن القطان من الشافعية[٣].

القول الثالث: يصح البيع إن علما ذرعانها، وإن لم يعلما ذرعانها فلا يصح، وهو وجه عند الشافعية[٤].

القول الرابع: البيع فاسد إلا إذا علم المشتري جملة الذرعان في مجلس العقد فله الخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى إذا تفرقا تقرّر الفساد، وهذا قول أبي حنيفة[٥].

هذه هي الأقوال على وجه التفصيل، ويمكن إجمالها وإرجاعها إلى قولين:

القول الأول: يصح البيع سواء علم المتعاقدان ذرعان الأرض أو الدار أو لا.

القول الثاني: لا يصح البيع إلا إذا علم المتعاقدان ذرعان الأرض أو الدار في مجلس العقد.

---

(١) بدائع اصنائع، ج٥، ص١٥٩، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٣٩، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٢٣.
(٢) الفروع، ج٤، ص٣٠، المبدع، ج٤، ص٣٦، الإنصاف، ج٤، ص٣١٢.
(٣) روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦.
(٤) المجموع، ج٩، ص٣١٦.
(٥) الأصل، ج٥، ص٨٧ ـ ٨٨، مختصر القدوري، ج٢، ص٨، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٩، الهداية، ج٥، ص٨٨، ٩٠، مجمع الأنهر، ج٢، ص١١.

أدلة القولين:

أدلة القول الأول:

استدل للقول بصحة البيع بما يلي:

١ ـ أن جملة المبيع معلومة، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم به بالذرع، فكانت هذه الجهالة ممكنة الرفع والإزالة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع(١)؛ لأن الجهل وإن تعلق بجملة الثمن ابتداء لكن يعلم تفصيله بالذرع فاغتفر(٢).

المناقشة:

نوقش بأن القول: إنه يمكن رفع الجهالة بالذرع مسلم، لكنها ثابتة للحال فإن علم المتعاقدان بكمية الثمن في مجلس صحّ البيع، لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد، وإن لم يعلم فسد البيع(٣).

٢ ـ أن المبيع معلومٌ بالمشاهدة، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعلم مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهو الذرع في مسألتنا فصح البيع قياسًا على ما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهم؛ فإنه لا يعلم في الحال، وإنما يعرف بالحساب، كذا ههنا(٤).

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأنَّ التعليل أنَّ المبيع معلومٌ بالمشاهدة، والثمن معلوم.. إلخ هو تعليل محل نظر:

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٩، الهداية، ج٥، ص٨٩، مجمع الأنهر، ج٢، ص١١.
(٢) الشرح الصغير، ج٢، ص٣٥٩.
(٣) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٩.
(٤) المغني، ج٤، ص١٤٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٣١، المبدع، ج٤، ص٣٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٥.

لأن المبيع وإن كان مشاهدًا إلا أنه غير معلوم القدر، وهو لم يبعه جملة وإنما باعه كل ذرع بكذا، والثمن أيضًا مجهول حين العقد، والمعتبر في كون الثمن معلومًا فيصح البيع، أو غير معلوم فلا يصح البيع، إنما هو وقت العقد، ولا شك أن الثمن مجهول لهما حين العقد.

قال في «بدائع الصنائع»(١).

«ولا شك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة؛ لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليس بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة، وكذلك هذا في الموزون والمعدود والمذروع».

ما استدل به للقول الثاني:

استدل للقول بعدم صحة البيع:

بأن جملة الثمن مجهولةٌ حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب فساد العقد، كما إذا باع الشيء برقمه(٢).

ولأن المبيع مجهولُ القدر؛ لأنه لا يدري كم ذرعان الأرض أو الأرض فلا يصح البيع(٣).

الترجيح:

القول بصحة البيع فيه تيسيرٌ على الناس وتسهيل لمعاملاتهم غير أن أدلته لم تسلم من المناقشة، والقول بعدم صحة البيع، دليله قوي غير أن فيه تشديدًا على الناس في معاملاتهم، ولو قيل: إن العقد يقع صحيحًا غير لازم

---

(١) ج٥، ص١٥٩.
(٢) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٩، العناية، ج٥، ص٨٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٠، كشف الحقائق، ج٢، ص٣.
(٣) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٥٩، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٠.

حتى تعرف الذرعان وثمنها ولو كانت معرفتهما بعد مجلس العقد لكان متجهًا وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: أن في القول بصحة البيع مطلقًا وأنه يلزم المشتري قيمة الأرض أو الدار بعد الذرع مضرةً ظاهرة بالمشتري، فإنه قد يغلب على ظنه أن الثمن سيظهر أقل من ذلك بكثير فيفاجأ بعد معرفة المساحة بكثرة الثمن وعجزه عن دفعه فلو ألزمناه لكان في ذلك مشقة، وأصول الشريعة وقواعدُها تمنع ذلك.

السبب الثاني: أن في القول بعدم صحة البيع إلا إذا علم ذرعان الأرض أو الدار في مجلس العقد مشقة ظاهرة، وقد يؤدي ذلك إلى تفويت الصفقة، مع أن كلاًّ من البائع والمشتري يرغب في إتمامها.

السبب الثالث: أن في القول بصحة العقد وعدم لزومه إلا بعد معرفة مساحة الأرض أو الدار، صونًا للعقد عن الإلغاء، وبُعدًا له عن الجهالة المفضية إلى المنازعة.

السبب الرابع: أنه قد نقل القول بالصحة مع عدم لزوم العقد في مجلس العقد بعض الحنفية، ونسبه إلى الإمام أبي حنيفة، وردّ عليه[(١)].

المسألة الثانية: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم:

إذا قال البائع: بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم، أو قال المشتري: بعني من هذه الأرض كل ذراع بدرهم.

فجاء بحرف «من» مع لفظة «كل»، فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

(١) إذا علم المشتري جملة الذرعان في مجلس العقد فله الخيار، وإن لم يعلم حتى إذا تفرقا فسد العقد عند أبي حنيفة، لكن نقل ابن الهمام عن المحيط أنه يصح، وإن علم بعد المجلس، وتعقبه فقال: «وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد؛ لأن ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده». فتح القدير، ج٥، ص٨٨.

فقال الشافعية[(١)]، والحنابلة[(٢)] في الصحيح من المذهب[(٣)]: لا يصح البيع.

وهذا ما فهمته من قول أبي حنيفة[(٤)].

وعلّلوا لذلك:

بأن «من» للتبعيض، «وكل» للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولًا[(٥)]، فلم يبع الأرض كلها بل بعضها المحتمل للقليل والكثير، فلا يعلم قدر المبيع تحقيقًا ولا تخمينًا[(٦)]، بخلاف ما لو حذفت لفظة «من»، فإن البيع يكون واقعًا على الأرض كلها[(٧)].

وقال المالكية:

إن أريد بـ «من» التبعيض منع البيع، وإن أريد بها بيان الجنس، والقصد أن يقول: أبيعك هذه الأرضَ كل ذراع بكذا، فلا يمنع البيع[(٨)].

---

(١) المجموع، ج٩، ص٣١٦، مغني المحتاج، ج٢، ص١٧.
(٢) المغني، ج٤، ص١٤٣، ١٤٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٣١، ٣٣٢، الفروع، ج٤، ص٣٠، المبدع، ج٤، ص٣٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٥.
(٣) قال في الإنصاف، ج٤، ص٣١٥ عن هذا القول: «وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب...».
(٤) لم أجد ـ بجهدي المتواضع ـ نصًّا صريحًا لأبي حنيفة في هذه المسألة، لكن يمكن معرفة قوله فيها استنتاجًا من قوله في المسألة التي قبلها؛ حيث قال فيما إذا باع الأرض كل ذراع بدرهم: لا يصح البيع إلا إذا علم المتعاقدان جملة الذرعان في مجلس العقد.
وقياس قوله هذا أنه لا يصح إذا باعه من الأرض كل ذراع بدرهم؛ لأنه إذا منع البيع في الصورة الأولى مع أن الأرض كلها مبيعة فمن باب أولى يمنع البيع إذا كان المبيع بعض الأرض لجهالة قدر المبيع وجهالة الثمن حال العقد. والله أعلم.
(٥) المغني، ج٤، ص١٤٣، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٣١، المبدع، ج٤، ص٣٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٧٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٥٢.
(٦) مغني المحتاج، ج٢، ص١٧.
(٧) حاشية المقنع، ج٢، ص١٧.
(٨) مختصر خليل، ج٤، ص٤٧١، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧، الشرح الصغير ومعه بلغة السالك، ج٢، ص٣٥٩، منح الجليلأ، ج٤، ص٤٧١.

والفرق بين إرادة الكل وإرادة البعض أنه إن أريد الكل أمكن حزره برؤيته، ولا يمكن حزر البعض المبهم بها[(١)].

وعلّل أحمد الدردير أنه إذا أريد البعض فلا يصح البيع بقوله:

«للجهل بالثمن والمثمن حالًا، ولم يعتبروا العلم الحاصل في المال»[(٢)].

وأما إن لم يُرد بها واحدٌ منهما فطريقتان:

المنع: لتبادر التبعيض منها.

والجواز: لاحتمال زيادتها[(٣)].

القول الثالث: يصح البيع، وهو قول مرجوح في مذهب الحنابلة[(٤)].

قال في «الإنصاف»[(٥)]:

«وقيل يصح، قال ابن عقيل: وهو الأشبه».

وذكره ابن قدامة في «المغني»[(٦)] احتمالًا؛ حيث قال:

«ويحتمل أن يصح البيع، كما يصح في الإجارة كل دلو بتمرة، وكل شهر بدرهم».

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول بعدم صحة البيع لوجاهة ما استدل به له.

---

(١) منح الجليل، ج٤، ص٤٧١.
(٢) الشرح الكبير، ج٣، ص١٨، وانظر الشرح الصغير له، ج٢، ص٣٥٩.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٧، بلغة السالك، ج٢، ص٣٥٩.
(٤) الفروع، ج٤، ص٣٠، المبدع، ج٤، ص٣٦، حاشية المقنع، ج٢، ص١٧.
(٥) ج٤، ص٣١٥.
(٦) ج٤، ص١٤٣.

وأما ما استدل به للقول بالصحة بناء على جعل «مِنْ» زائدة فيناقش من وجهين:

الأول: أنَّ جعل «من» في هذا الموضع زائده غير مسلَّم لمخالفته للقاعدة العربية، فإنها توجب كون «من» هنا للتبعيض، فإن معيارها عند النحاة[(١)] تقديرها «ببعض»، نحو: أكلت من الرغيف، ولا ريب في صحة ذلك هنا[(٢)].

الثاني: أن «من» لا تزاد في الإيجاب، والكلام هنا موجب، فلا يصح كونها فيه زائدة[(٣)]. وأما ما استدل به بعض الحنابلة من قياس هذه المسألة على مسألة الإجارة إذا قال فيها كل شهر بدرهم، فهو قياس مع الفارق:

---

(١) قال في القاموس في باب النون فصل الميم، ج٤، ص٢٧٣، ما نصه: (من) بالكسر لابتداء الغاية غالبًا.. وللتبعيض: (منهم من كلم الله). سورة البقرة آية ٢٥٣.
وقال في مختار الصحاح، ص٦٣٥: «من بالكسر حرف خافض، وهو لابتداء الغاية كقولك خرجت من بغداد إلى الكوفة.
وقد تكون للتبعيض كقولك هذا الدرهم من الدراهم..».
وقال في كتاب معاني الحروف، ص٩٧: «(من) وهي من الحروف العوامل، وعملها الجر، ولها معان منها: أن تكون لابتداء الغاية.. ومنها: أن تكون للتبعيض، وذلك نحو قولك: لبست من الثياب ثوبًا، وقبضت من الدراهم درهمًا أي لبست بعض الثياب، وقبضت بعض الدراهم». وقال ابن هشام في «أوضح المسالك» ص٣٥٢:
«لمن سبعة معان، أحدها: التبعيض، نحو (حتى تنفقوا مما تحبون)، ولهذا قرئ (بعض ما تحبون)».

(٢) منح الجليل، ج٤، ص٤٧١.

(٣) منح الجليل، ج٤، ص٤٧١.
قال في كتاب معاني الحروف، ص٩٧، في أثناء حديثه عن الحرف «من»: «وتكون زائدة، وذلك في النفي نحو قولك:
ما جاءني من أحدٍ، أو ما رأيت من أحدٍ».
وقال في أوضح المسالك، ص٣٥٤، مبينًا شروط «من» الزائدة: «ولها ثلاثة شروط: أن يسبقها نفي، أو نهي، أو استفهام، وأن يكون مجرورها نكرة، وأن يكون إما فاعلًا.. أو مفعولًا.. أو مبتدأ...».

لأنه في قوله: «بعتك من هذه الأرض كل ذراع بدرهم» لم يبعه الأرض كلها، ولا قدرًا معلومًا منها، بخلاف قوله: «أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم»، فإنه يصح هنا في الشهر الأول فقط للعلم به وبقسطه من الأجرة[1]، فافترقا فلا يصح القياس.

والله أعلم...

---

(١) الفروع، ج٤، ص٣١، المبدع، ج٤، ص٣٦، الإنصاف، ج٤، ص٣١٥.

الفصل الثاني

زيادة العقار المبيع
أو نقصه عمّا عقد عليه

إذا قال البائع: بعتك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر أو بانت تسعة، ومثله في الحكم إذا باعه على أنها خمسمائة متر مثلًا فبانت أكثر أو أقل فقد اختلف الفقهاء في ذلك، ولتفصيل القول في حال الزيادة أو النقصان يقسم الكلام فيهما في مبحثين:

المبحث الأول: زيادة العقار المبيع.

المبحث الثاني: نقص العقار المبيع.

وإليك البيان لكل منهما:



المبحث الأول

زيادة العقار المبيع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن:

إذا باع أرضًا أو دارًا على أنها عشرة أذرع مثلًا وسمى لكل ذراع ثمنًا بأن قال: بعتك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فبانت أكثر، فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على أقوال:

القول الأول: البيع صحيح، ويخير المشتري إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسخ البيع، وهذا قول الحنفية[(١)].

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٩، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٥٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٠، الهداية، ج٥، ص٩٣، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٤ ـ ٣١٥، كنز الدقائق، ج٢، ص٤، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٤، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٢.
ويلاحظ أن الحنفية اختلفوا إذا كانت الزيادة نصف ذراع فقط فجعل أبو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل، فقال: إن شاء أخذه بأحد عشر درهمًا وإن شاء ترك، وجعل محمد زيادة نصف ذراع كلا زيادة، فقال: يأخذ المشتري بجميع الثمن ولا خيار له.
وقال أبو يوسف: «إذا زاد نصف ذراع يزاد على الثمن نصف دراهم، وله الخيار إن=

وعلّلوا لذلك:

بأنه لو لزم المشتري أخذ الزيادة بالثمن لزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرًا عند العقد، واختل رضاه، ولو أخذه بالثمن الأقل دفع قيمة الزيادة لم يكن آخذًا بالمشروط؛ لأن البيع انعقد كل ذراع بدرهم فوجب القول بالخيار للمشتري(١).

القول الثاني: البيع صحيح، والزيادة للبائع ويخير المشتري بين أن يكون البائع شريكًا له بقدر الزيادة، وبين الفسخ، وبهذا قال المالكية(٢) في أحد القولين عندهم.

القول الثالث: البيع صحيح، والزيادة للمشتري، وهذا هو القول الثاني عند المالكية(٣).

وبناء على هذا القول فلا خيار لواحد منهما.

قال ابن رشد مبينًا الخلاف في المذهب المالكي ومشيرًا إلى الاستدلال لكل قول منهما:

«وقد اختلف إذا باع منه الدار والأرض.. على أن فيها كذا وكذا ذراعًا،

=شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف وإن شاء ترك». (بدائع الصنائعن ج٥، ص١٦١).
أما في غير بدائع الصنائع فقد جعل الحنفية قول الإمام أنه يأخذه بعشرة من غير خيار، وقول أبي يوسف بأحد عشر إن شاء، وقول محمد يأخذه بعشرة ونصف إن شاء. انظر: الهداية، ج٥، ص٩٦، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٦، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٦، كشف الحقائق، ج٢، ص٤، ملتقى الأبحر، ج٢، ص١٤، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج٢، ص٥، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٤٤٦.

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦١، الهداية، ج٥، ص٩٣، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٤، كشف الحقائق، ج٢، ص٣١٤، كشف الحقائق، ج٢، ص٤، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٢ ـ ١٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٤.

(٢) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦، ٤٨٨، منح الجليل، ج٤، ص٤٩١.

(٣) المصدران السابقان، نفس الجزء والصفحة.

فقيل: إن ذلك بمنزلة أن يقول أشتري منك من ذلك كله كذا وكذا ذراعًا، فإن وجد في ذلك أكثر مما سمّى من الأذرع، كان البائع شريكًا للمبتاع بالزيادة، كالصبرة يشتريها على أن فيها عشرة أقفزة فيجد فيها أحد عشر قفيزًا كان القفيز الزائد للبائع.. وقيل: إن ذلك كالصفة لما ابتاع من ذلك، فإن وجد أكثر مما سمى كان ذلك للمبتاع»(١).

القول الرابع: البيع صحيح، وهو قول مرجوح عند الشافعية، وعلّلوا لذلك:

بأنه يصح لإشارته إلى الأرض، ويلغى الوصف في قوله: «كل ذراع بدرهم».

ثم اختلفوا لمن تكون الزيادة على وجهين:

أصحهما: أنهما للمشتري؛ لأن جملة الأرض مبيعةٌ منه، وعلى هذا لا خيار له، وفي ثبوت الخيار للبائع في هذه الحالة وجهان:

أحدهما: أنه لا خيار له أيضًا؛ لأنه رضي ببيع جميعها.

والثاني: أنَّ الزيادة للبائع، وعلى هذا لا خيار له، وفي ثبوت الخيار للمشتري وجهان:

أصحهما: ثبوت الخيار له(٢).

وخلاصة هذا القول:

أن البيع صحيح، وفي حكم الزيادة وجهان:

أصحهما: أنها للمشتري، ولا خيار للبائع على الصحيح عندهم.

والثاني: أنها للبائع، ويثبت الخيار للمشتري على الصحيح عندهم.

---

(١) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦.

(٢) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المجموع، ج٩، ص٣١٤.

القول الخامس: البيع صحيح، والزيادة للبائع[(١)]، وهو رواية عن الإمام أحمد[(٢)].

وعلّلوا لصحة البيع:

بأن ذلك نقصٌ على المشتري، فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم تحدث ابن قدامة في «المغني»[(٣)] عن كيفية العمل في هذه الزيادة فقال: «يخير البائع بين تسليم المبيع زائدًا وتسليم العشرة[(٤)]، فإن رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيرًا، وإن أبى بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيرًا، وإن أبى تسليمه زائدًا فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمّى وقسط الزائد، فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة، والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين:

أحدهما: له الفسخ؛ لأن عليه ضررًا في المشاركة.

والثاني: لا خيار له، لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن، فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ.

ولأن هذا الضرر حصل بتغريره وإخباره بخلاف غيره، فلا ينبغي أن يتسلّط به على فسخ عقد المشتري.

---

(١) المقنع، ج٢، ص٣٢، المغني، ج٤، ص١٤٦، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٦، المبدع، ج٤، ص٦١، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٠، الإقناع، ج٢، ص٨٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٧، حاشية المقنع، ج٢، ص٣٢.

(٢) المقنع، ج٢، ص٣٢، المغني، ج٤، ص١٤٦، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٦، المبدع، ج٤، ص٦١، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٠.

(٣) ج٤، ص١٤٦.

(٤) المثال عند ابن قدامة: إذا قال: بعتك هذه الأرض على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر.

وحاصل قول ابن قدامة هذا: أن البيع صحيحٌ، والزيادة للبائع بناء على إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، فإن دفع البائع الزيادة مجانًا فلا خيار للمشتري، وإن امتنع ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد، وبين الأخذ بالقدر المسمى في العقد ويكون البائع شريكًا له بقدر الزيادة، وليس للبائع حق الخيار بناء على الراجح عنده.

هذا حاصل ما ذكره ابن قدامة في كتابه «المغني».

أما في كتابه «المقنع»[(١)]، فقد ذكر أن الخيار يثبت لكل من البائع والمشتري فقال: «وعنه أنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ»[(٢)].

وهذا ما اعتمده كثيرٌ من الحنابلة من أنه يصح البيع، والزيادة للبائع فإن دفعها مجانًا فلا خيار للمشتري، وإن أبى فلكل من البائع والمشتري الفسخ دفعًا لضرر الشركة[(٣)].

---

(١) ج٢، ص٣٢ ـ ٣٣.

(٢) قال المرداوي في «الإنصاف»، ج٤، ص٣٦٠ ـ ٣٦١.
تنبيه: ظاهر قوله (ولكل واحد منهما الفسخ): أنه سواء سلمه البائع الزائد مجانًا أو لا، وهو أحد الوجهين، قدمه في الرعاية الكبرى، والفائق.
والوجه الثاني: أنَّ محل الفسخ: إذا لم يعطه الزائد مجانًا، وإن أعطاه إياه مجانًا فليس له الفسخ. وهو الصحيح من المذهب جزم به في المغني والشرح، وتذكرة ابن عبدوس، وشرح ابن رزين، وقدمه في الفروع.

(٣) الإقناع، ج٢، ص٨٢، التنقيح المشبع، ص١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٧، حاشية المقنع، ج٢، ص٣٢ ـ ٣٣، وقال فيها عن قول ابن قدامة: «وعنه أنه صحيح»، قال: «وهو المذهب»، وقال في حاشيته على قول المؤلف «ولكل واحد منهما الفسخ»: وهذا هو الصحيح، وقدمه في المحرر وجزم به في الوجيز.

القول السادس: البيع باطل، وبهذا قال الشافعية على الصحيح من المذهب[١]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٢].

وعلّلوا لذلك:

بأنه باع جملة الأرض بشرط مقابلة كل ذراع منها بدرهم، والجمع بين هذين الأمرين عند الزيادة متعذر[٣]، ولأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة، وإنما باع عشرة أذرع، ولا يمكن إجبار المشتري على أخذ البعض، وهو إنما اشترى الكل، فلم يبق إلا البطلان[٤].

الترجيح:

لعلَّ أقرب الأقوال إلى الرجحان هو القول بأن البيع صحيح، والزيادة للبائع، فإذا أعطى الزائد مجانًا فلا فسخ للمشتري؛ لأن البائع زاده خيرًا، وإلا ثبت الخيار لكل من البائع والمشتري، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن في هذا القول رعاية لمصلحة البائع والمشتري معًا فكان أولى من غيره.

السبب الثاني: أن في قصر حق الخيار على المشتري دون البائع ـ كما في القول الأول ـ مراعاة لجانب واحد دون النظر إلى الجانب الآخر في العقد، وليس مراعاة جانب المشتري بأولى من مراعاة جانب البائع.

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المجموع، ج٩، ص٣١٤، المنهاج، ج٢، ص١٧.

(٢) المقنع، ج٢، ص٣٢، المغني، ج٤، ص١٤٦، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٦، المبدع، ج٤، ص٦١، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٠، تصحيح الفروع، ج٤، ص٦٦.

(٣) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المجموع، ج٩، ص٣١٤، مغني المحتاج، ج٢، ص١٨.

(٤) المغني، ج٤، ص١٤٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٥٦، المبدع، ج٤، ص٦١.

السبب الثالث: أن القول بثبوت الخيار للمشتري دون البائع، وأن المشتري يخير بين أن يكون البائع شريكًا له وبين الفسخ ـ كما في القول الثاني ـ هو محل نظر من وجهين:

أحدهما: ما ذكرته في السبب السابق من أن فيه مراعاة لمصلحة طرف واحد دون مراعاة مصلحة الطرف الآخر.

والثاني: أن هذا القول حصر الخيار بين أن يكون البائع شريكًا للمشتري وبين الفسخ، وهذا محل نظر؛ لأنه إذا جعل من خصال الخيار أن يأخذ المشتري الزائد بقيمته فليس فيه ضررٌ، ولأن القول بأن يكون البائع شريكًا للمشتري يقدر الزيادة ولا خيار له فيه ضرر بالشركة عليهما، وقد لا يستفيد البائع من تلك الشركة لكون الزائد قليلًا، ففي إلزامه بالشركة ضرر ظاهر.

السبب الرابع: أن القول بأن البيع صحيح، والزيادة للمشتري، ولا خيار للبائع ـ كما في القول الثالث ـ محل نظر، لأن جعل الزيادة للمشتري غير مسلم؛ لأنه قد اشترى قدرًا معلومًا، وهذه الزيادة ليست داخلة في ذلك القدر، ولم يتضمنها العقد، ولم يدفع المشتري قيمتها، فكيف تجعل للمشتري، والحال ما ذكر؟.

السبب الخامس: أن القول بأن البيع صحيحٌ، والزيادة فيها وجهان أصحهما أنها للمشتري إلى آخر ما ذكر في القول الرابع، فهذا القول لا يمكن التسلم به من وجوه:

أولهما: أن جعل الزيادة للمشتري، هو قول غير سديد؛ لأن المشتري قد اشترى قدرًا معلومًا، وهذه الزيادة ليست داخلة في ذلك القدر، فكيف تجعل للمشتري ولم يتضمنها العقد، ولم يدفع قيمتها؟ كما سبق بيانه في السبب الرابع.

الثاني: أن في جعل الزيادة للمشتري ولا خيار للبائع في أحد الوجهين، في هذا القول نظر؛ إذ إثبات الزيادة للمشتري ولا خيار للبائع فيه مراعاة

لجانب واحد وإغفال الجانب الآخر وهو البائع، وليس مراعاة أحدهما بأولى من الآخر.

الثالث: أن في جعل الزيادة للبائع، ولا خيار للمشتري كما في الوجه المرجوح بعدًا ظاهرًا من حيث إن فيه مراعاة لجانب واحد، ومن حيث إنهم لم يبينوا كيفية العمل في هذا الوجه هل يفسخ العقد، أو هل تكون الزيادة للبائع وتحد عن بقية المبيع، أو هل تكون للبائع ويكون له حق الشركة مع المشتري بقدر تلك الزيادة؟

الرابع: أن في هذا القول اختلافًا ظاهرًا فتارة تجعل الزيادة للمشتري ولا خيار له، وتارة تجعل للبائع ولا خيار له، وتارة تجعل للمشتري وللبائع الخيار، وتارة تجعل للبائع وللمشتري الخيار، وتارة تجعل للمشتري ولا خيار للبائع، وتارة تجعل للبائع ولا خيار للمشتري، وفي هذا الاختلاف دلالة ظاهرة على عدم وجاهة هذا القول.

السبب السادس: أن في القول ببطلان البيع ـ كما في القول السادس ـ نظرًا، لأن فيه إلغاء العقد مع أنه يمكن إصلاح ما وقع من خلل بسبب الزيادة بالقول بالخيار للعاقدين، فينتظم العقد ويصان عن الإلغاء، وكلما أمكن صيانة العقد عن الإلغاء كان أولى من إبطاله.

ولأنه إذا قيل بالخيار لكل من البائع والمشتري كان فيه تحقيق لرضا العاقدين. والله تعالى أعلم.

* * *

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن:

إذا قابل جملة العقار المبيع بجملة الثمن، ولم يقابل الأجزاء بالأجزاء أي: أنه لم يسم لكل ذراع منها ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك هذه

الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم، فبانت أكثر مما سمي؛ فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: البيع صحيح، والزيادة للمشتري، ولا خيار للبائع، وبهذا قال الحنفية(١)، وهو أحد القولين عند المالكية(٢).

القول الثاني: البيع صحيح، والزيادة للبائع، ويخير المشتري بين أن يكون البائع شريكًا له بقدر الزيادة، وبين الفسخ، وبهذا قال المالكية في القول عندهم(٣).

القول الثالث: البيع صحيح، والزيادة للبائع، ويثبت له الخيار، ولو قال المشتري للبائع: لا تفسخ وأنا أقنع بالقدر المشروط، أو أنا أعطيك ثمن الزائد لم يسقط خيار البائع. وبهذا قال الشافعية(٤).

القول الرابع: البيع صحيح، والزيادة للبائع، وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه(٥).

أما كيفية العمل في هذه الزيادة فإن سلمها للبائع مجانًا فلا خيار للمشتري، وإن أبى فلكل من البائع والمشتري الفسخ(٦).

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٨، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٥٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٠، الهداية، ج٥، ص٩٢، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٢، كشف الحقائق، ج٢، ص٤.

(٢) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦، منح الجليل، ج٤، ص٤٩١.

(٣) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦، ٤٨٨، منح الجليل، ج٤، ص٤٩١.

(٤) مغني المحتاج، ج٢، ص١٨، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٠، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠١.

(٥) المقنع، ج٢، ص٣٢، المغني، ج٤، ص١٤٦، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٦، المبدع، ج٤، ص٦١، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٠.

(٦) المنتهى، ج٢، ص١٦٦، الإقناع، ج٢، ص٨٢، التنقيح المشبع، ص١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦٦، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٧، حاشية المقنع، ج٢، ص٣٣.

القول الخامس: البيع باطل، وهو رواية عن الإمام أحمد[(١)].

هذه هي الأقوال في المسألة وبالنظر فيها تجد أن المالكية والحنابلة لم تختلف أقوالهم فيها عن المسألة التي قبلها على ما فهمته من عباراتهم[(٢)].

وإنما فرق بين هذه المسألة والتي قبلها الحنفية والشافعية.

فأما الشافعية فما وجدت لهم تعليلًا على سبب التفرقة فيما اطّلعت عليه.

وأما الحنفية فقالوا في التفريق بين قوله: بعتك هذه الدار أو هذه الأرض على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها أكثر من الذراع الذي سمَّاه فالبيع صحيح، ويخير المشتري بين أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وبين الفسخ.

وبين قوله في المسألة الثانية: بعت منك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أكثر من الذراع الذي سمَّاه، فالبيع صحيح والزيادة للمشتري ولا خيار للبائع.

---

(١) المقنع، ج٢، ص٣٢، المني، ج٤، ص١٤٦، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٦، المبدع، ج٤، ص٦١، الإنصاف، ج٤، ص٣٦٠.

(٢) جاء في البيان والتحصيل، ج٧، ص٤٨٧ ـ ٤٨٨، قوله: «وسئل عن رجل اشترى من رجل دارًا على أن فيها مائة ذراع، فوجد فيها مائة ذراع وذراع، قال: المشتري بالخيار إن شاء أخذ المائة ذراع، وكانت البقية لبائع الدار، ويكون البائع شريكًا له في الدار بذراع، وإن شاء ترك».
وقال ابن قدامة في المقنع، ج٢، ص٣٢ ـ ٣٣.
«وإن باعه دارًا على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل، وعنه إنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ».
ووجه الاستدلال من ذلك: أنهما لم يفرقا بين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن وبين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن مع مقابلة كل جزء منه بثمن مفردًا، فدل إطلاقهما على العموم.

قالوا في الفرق بينهما: إن الذرع وصف؛ إذ هو عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن، فكان بمنزلة ما إذا باعه معيبًا فإذا هو سليم.

وهذا إذا لم يفرد بثمن، وذلك فيما إذا قال: بعتك هذه الأرض على أنها مائة ذراع بمائة درهم ولم يزد على ذلك.

أما إذا أفرد بالثمن، وهو ما إذا قال: بعت منك هذه الأرض على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، فإن الذراع وإن كان وصفًا إلا أنه يصبح أصلًا(١) بإفراده بذكر الثمن(٢).

هذا حاصل ما ذكره الحنفية من الفرق بين المسألتين.

المناقشة:

نوقش ما ذكروه من وجوه:

الوجه الأول: أن قولهم: إنَّ الذراع وصف؛ لأنه عبارة عن الطول والعرض غير مسلَّم، لأنه كما يقال: شيء طويل وعريض، يقال: شيء قليل وكثير، وعشرة أذرع أكثر من تسعة.

---

(١) اختلفت عبارات الحنفية في التفريق بين الأصل والوصف:
فقال بعضهم: ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل.
وقال بعضهم: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل ما لا يكون بهذه المثابة.
وقيل: ما لا ينقص الباقي بفواته فهو أصل وما ينقص الباقي بفواته فهو وصف.
(العناية، ج٥، ص٩٢، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٣).

(٢) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٠ ـ ١٦١، الهداية، ج٥، ص٩٢، فتح القدير مع الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٢، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٨ ـ ٩.

الوجه الثاني: أنه لو سلّم أن الذرع وصف، فلا يسلّم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بدلالة أن المبيع المعيب إذا لم يمكن رده رجع المشتري بنقصان العيب.

الوجه الثالث: أنه إذ جعل الذراع أصلًا بذكر الثمن فينبغي أن يكون أصلًا في المسألة الأخرى لأنه ذكر عشرة دراهم مقابلة عشرة أذرع، ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي مقابلة الأجزاء بالأجزاء.

الوجه الرابع: أنه لو كان الذراع أصلًا بإفراد ذكر الثمن لامتنع دخول الزيادة في العقد قياسًا على ما إذا باعه صبرة على أنها عشرة أقفزة فإذا هي أحد عشر فإن الزيادة لا تدخل في العقد فكذلك ينبغي أن يكون الحكم ههنا كذلك(١).

الوجه الخامس: أن التعليل بأن الذراع وصف، والوصف لا يقابله شيء من الثمن غير مسلَّم، لأن الذراع: عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر(٢).

الوجه السادس: أن عقد البيع وقع على قدر محدّد، وهذه الزيادة لم تدخل في صلب العقد، فكيف يقال: أنها للمشتري مع أنه لم يشملها العقد، ولم يدفع ثمنها؟

ولهذا اختلف الحنفية في هذه الزيادة هل تحل له ديانة وقضاء أو تحل له قضاء فقط(٣)؟

---

(١) راجع هذه الوجوه وإجاباتها وما ورد على الإجابات من مناقشات في العناية على الهداية، ج٥، ص٩٢ ـ ٩٣.

(٢) المغني، ج٤، ص١٤٥، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٢٨

(٣) قال ابن نجيم في البحر الرائق، ج٥، ص٣١٤ ما نصه:
«وظاهر قوله: (وإن زاد فللمشتري) أن الزيادة تسلم له قضاء وديانة، وحكى خلافًا فيه في المعراج: فقال في فتاوى النسفي وآمالي قاضيخان: لا تسلم له الزيادة ديانة. وفي=

الوجه السابع: أن الحنفية فرّقوا بين المشتري والبائع فأثبتوا الخيار للمشتري في حالة النقصان، ولم يثبتوه للبائع في حالة الزيادة، ويبدو أن هذا تفريقٌ بين متماثلين. وبهذا يظهر أن هذه المسألة، مثل المسألة الأولى ويترجح ما سبق ترجيحه في الأولى. والله تعالى أعلم.

=شرح أبي ذر والجامع الأصغر عن أسد وأبي حفص وأبي الليث لا يردها ديانة».
وفي الدر المنتقى، ج٢، ص١٢، حكى الخلاف فقال:
«والزئد له أي للمشتري ديانة أيضًا، وقيل: لا كما في المعراج، وفي القهستاني عن الخانية أنه له قضاء لا ديانة».



المبحث الثاني

نقص العقار المبيع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلة كل جزء منه بثمن:

إذا باع أرضًا أو دارًا على أنها مائة ذراع، وسمَّى لكل ذراع ثمنًا بأن قال: بعتك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم **فوجدها ناقصة**: فقد اختلف الفقهاء في الحكم على أقوال:

القول الأول: البيع صحيح، والمشتري بالخيار إن شاء أخذه بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك، وهذا قول الحنفية[(١)].

وبه قال المالكية في قول لهم[(٢)].

وعلّلوا لصحة البيع: بأن المبيع وثمنه معلومان[(٣)].

وأما ثبوت الخيار للمشتري فلأننا لو ألزمناه أخذ المبيع بكل الثمن لم

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٠، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٥٥، الهداية، ج٥، ص٩٢، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٤.

(٢) البيان والتحصيل، ج٧، ص٤٠٢.

(٣) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٠.

يكن آخذًا لكل ذراع بدرهم، ولو ألزمناه بأخذ الموجود بحصته من الثمن لفات الوصف المشروط المرغوب فيه(١)، ولأن الخيار يثبت له لتفرق الصفقة(٢).

القول الثاني: البيع صحيح، وأما النقص فإن كان يسيرًا لزم المشتري ما وجد بحسابه من الثمن، وإن كان كثيرًا كان مخيرًا فيما وجد بين أن يأخذه بما يجب له من الثمن أو يرده، وهذا قول في مذهب المالكية(٣).

القول الثالث: البيع صحيح، ويخير المشتري بين أن يأخذ بجميع الثمن ما وجد، أو يرد، وهو الأظهر عند المالكية(٤).

وعلّلوا لذلك:

بأن الثمن في مقابلة العين، وأما ذكر الذراع فهو على وجه بيان الصفة لما اشتراه(٥).

القول الرابع: البيع صحيح، ويخيّر المشتري بين إمساك المبيع أو الفسخ، وبهذا قال الشافعية في القول المرجوح.

ثم اختلفوا بناء على هذا القول، هل يمسكه بجميع الثمن أو بقسطه على وجهين:

أصحهما: يخيّر بقسط الموجود؛ لأنه قابل كل ذراع بدرهم.

والثاني: يخيّر بجميع الثمن، لأنه قابل الجملة به(٦).

---

(١) الهداية، ج٥، ص٩٢ ـ ٩٣، فتح القدير مع الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٤.
(٢) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٠، الدر المنتقى، ج٢، ص١٣، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، ص٥٤٤، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٩.
(٣) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦، منح الجليل، ج٤، ص٤٩١.
(٤) البيان والتحصيل، ج٧، ص٤٠٣.
(٥) البيان والتحصيل، ج٧، ص٤٠٢.
(٦) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المجموع، ج٩، ص٣١٤.

القول الخامس: البيع صحيح، والنقص على البائع، وللمشتري الخيار بين الفسخ، وأخذ المبيع بقسطه من الثمن وبهذا قال الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه(١).

فإن أخذ المشتري ما وجده بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا والفسخ، وإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ(٢).

قال ابن قدامة مستدلًا لهذا القول:

«ولنا: أنه وجد المبيع ناقصًا في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين.. فإن أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ، لأنه إنما رضي ببيعها بهذا الثمن كله، وإذا لم يصل إليه كان له الفسخ.

فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه، فأشبه ما لو اشترى معيبًا فرضيه بجميع الثمن»(٣).

القول السادس: البيع باطل، وبهذا قال الشافعية في أصح القولي(٤)، وهو رواية عن الإمام أحمد(٥).

---

(١) المقنع، ج٢، ص٣٣، المغني، ج٤، ص١٤٧، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٧، الإنصاف، ج٤، ص٣٦١.

(٢) المغني، ج٤٣، ص١٤٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٥٦، الفروع، ج٤، ص٦٧، الإنصاف، ج٤، ص٣٦١، المبدع، ج٤، ص٦٢، المنتهى، ج٢، ص١٦٦، الإقناع، ج٢، ص٨٢، التنقيح المشبع، ص١٢٨، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٧.

(٣) المغني، ج٤، ص١٤٧.

(٤) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المنهاج، ج٢، ص١٧، المجموع، ج٩، ص٣١٤، مغني المحتاج، ج٢، ص١٧، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٠، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٦.

(٥) المقنع، ج٢، ص٣٣، المغني، ج٤، ص١٤٧، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٧، الإنصاف، ج٤، ص٣٦١.

وعلّلوا لذلك:

بأنه باع جملة الأرض أو الدار بمائة درهم بشرط كل ذراع بدرهم في مسألتنا هذه، والجمع بين هذين الأمرين عند النقصان متعذّر[(١)].

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الخامس، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به له ووجاهته، ولم ترد عليه مناقشة فيما اطّلعت عليه.

السبب الثاني: أن ما علّل به للأقوال الأخرى هو محل نظر، وقد سبق بيان ما فيها عند بحث زيادة العقار المبيع فأغنى ذكره هناك عن إعادته هنا.

السبب الثالث: أن هذا القول فيه مراعاة لمصلحة العاقدين معًا فكان أولى من غيره، وذلك أن إثبات الخيار للمشتري دون البائع فيه مراعاة جانب واحد وهو المشتري، وإثبات الخيار له ليس بأولى من إثباته للبائع، لدفع الضرر عنه، والقول ببطلان البيع فيه إلغاء للعقد مع أنه يمكن صيانته عن الألغاء فكان القول الخامس هو الأولى بالترجيح. والله تعالى أعلم.

المسألة الثانية: تسمية جملة العقار المبيع ومقابلته بجملة الثمن:

إذا قابل جملة العقار المبيع بجملة الثمن، ولم يقابل الأجزاء بالأجزاء أي: أنه لم يسم لكل ذراع ثمنًا على حدة بأن قال: بعت منك هذه الأرض أو هذه الدار على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل مما سمى؛ فقد اختلف الفقهاء في الحكم على أقوال:

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص١٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٦٦، المجموع، ج٩، ص٣١٤، حاشية الكمثري على الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٦.

القول الأول: البيع صحيح، ويثبت الخيار للمشتري بين الفسخ وأخذ ما وجده بجميع الثمن المسمى، وبهذا قال الحنفية(١)، وهو الأظهر عند المالكية(٢)، وبه قال الشافعية(٣).

وعلّلوا لذلك:

بأن الذرع وصف، لأنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف لا يقابله شيء من الثمن، فلهذا يأخذه بكل الثمن، إلا أنه يثبت له الخيار، لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه، فيختل الرضا(٤).

القول الثاني: البيع صحيح، ويثبت الخيار للمشتري بين الفسخ، وأخذ ما وجده بحصته من الثمن وهذا قول عند المالكية(٥).

القول الثالث: البيع صحيح، والنقص إن كان يسيرًا لزم المشتري ما وجد بحسابه من الثمن، وإن كان كثيرًا كان مخيرًا فيما وجد بين أن يأخذه بما يجب له من الثمن أو يرده، وبهذا قال المالكية في قول عندهم(٦).

القول الرابع: البيع صحيح، والنقص على البائع، وللمشتري الخيار بين الفسخ، وأخذ المبيع بقسطه من الثمن، وبهذا قال الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه(٧).

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٨، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٥٥، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦١، الهداية، ج٥، ص٩١.
(٢) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦، ٤٠٢، منح الجليل، ج٤، ص٤٩١.
(٣) مغني المحتاج، ج٢، ص١٨، نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠٠، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج٣، ص٤٠١.
(٤) الهداية، ج٥، ص٩١ ـ ٩٢.
(٥) البيان والتحصيل، ج٧، ص٤٠٢.
(٦) البيان والتحصيل، ج٧، ص٣٢٦، منح الجليل، ج٤، ص٧٩١.
(٧) المقنع، ج٢، ص٣٣، المغني، ج٤، ص١٤٧، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٧، الإنصاف، ج٤، ص١٦١.

فإن أخذ المشتري الموجود بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا والفسخ، وإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ[(١)].

القول الخامس: البيع باطل، وهو رواية عن الإمام أحمد[(٢)].

هذه هي الأقوال في المسألة، وقد ذكرت تعليل القول الأول، وما عداه من الأقوال لم أورد ما استدلّوا به هنا؛ لأنهم استدلوا بنفس الأدلة في المسألة الأولى، وذكره هنالك يغني عن إعادته هنا.

ويترجح القول الرابع: في هذه المسألة بناء على ترجيحه في المسألة السابقة.

وخلاصة القول في زيادة العقار المبيع ونقصه:

أنه في حالة الزيادة: يصح البيع، والزيادة للبائع، فإن دفعها مجانًا فلا خيار للمشتري، وإن أبى فلكل منهما حق الفسخ، ولا فرق بين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن من غير أن يسمى لكل جزء منه ثمنًا، وبين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن ويفرد لكل جزء منه ثمنًا.

وفي حالة النقصان: البيع صحيح، والنقص على البائع، ويخيّر المشتري بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن، فإن أخذه بقسطه من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا أو الفسخ، وإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ، ولا فرق بين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن من غير أن يسمى

---

(١) المغني، ج٤، ص١٤٧، الشرح لكبير، ج٢، ص٣٥٦، الفروع، ج٤، ص٦٧، المبدع، ج٤، ص٦٢، المنتهي، ج٢، ص١٦١، الإقناع، ج٢، ص٨٢، التنقيع المشبع، ص١٢٨، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٧.

(٢) المقنع، ج٢، ص٣٣، المغني، ج٤، ص١٤٧، المحرر، ج١، ص٣١٣، الفروع، ج٤، ص٦٧، الإنصاف، ج٤، ص٣٦١.

لكل جزء منه ثمنًا، وبين أن يقابل جملة المبيع بجملة الثمن، ويفرد لكل جزء منه ثمنًا.

هذا هو المختار في مذهب الحنابلة، وهو عندي أعدل الأقوال، وما عداه من الأقوال فيها اختلاف كثير، كما يظهر ذلك مما سبق.

ولذا قال «البابرتي» الحنفي وهو يتحدث عن حكم الزيادة والنقصان عند الحنفية:

«واعلم أن هذه المسألة من أشكل مسائل الفقه»[1].

(١) العناية شرح الهداية، ج٥، ص٨٢.

الفصل الثالث

قبض العقار في البيع

يتكون هذا الفصل من المباحث الآتية:

المبحث الأول: معنى القبض لغة واصطلاحًا.

المبحث الثاني: كيفية قبض العقار.

المبحث الثالث: شروط صحة القبض.



المبحث الأول

معنى القبض لغة واصطلاحًا

معنى القبض في اللغة:

القبضة لغة: هو تناول الشيء بجميع الكف.

والقبض ضد البسط، ويقال: صار الشيء في قبضك وفي قبضتك: أي في ملكك.

ويقال: قبض اليد على الشيء: أي جمعها بعد تناوله.

وقبض يده عن الشيء: أي جمعها قبل تناوله[1]، وذلك إمساك عنه، ومنه قوله تعالى في المنافقين والمنافقات: ﴿ٱلْمُنَٰفِقُونَ وَٱلْمُنَٰفِقَٰتُ بَعْضُهُم مِّنۢ بَعْضٍۚ يَأْمُرُونَ بِٱلْمُنكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْۚ نَسُوا۟ ٱللَّهَ فَنَسِيَهُمْۗ إِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[2].

أي يشحون فيما ينبغي إخراجه من المال في الصدقة والجهاد، فالقبض في الآية كناية عن الشح، كما أن البسط كناية عن الكرم[3].

---

(١) القاموس المحيط، باب الضاد، فصل القاف، ج٢، ص٣٤١، مختار الصحاح، باب القاف، مادة قبض، ص٥١٩، النهاية في غريب الحديث والأثر، باب القاف مع الباء، ج٤، ص٦.

(٢) سورة التوبة، آية: ٦٧.

(٣) فتح القدير، ج٢، ص٣٧٩.

ويطلق القبض لتحصيل الشيء، وإن لم يكن فيه مراعاة الكف على سبيل الاستعارة، نحو قولك: قبضت الأرض أو الدار من فلان أي حزتها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾[(١)]، فأخبر سبحانه عن عظيم قدرته بأن الأرض كلها مع عظمها في مقدوره كالشيء الذي يقبض عليه القابض بكفه كما يقولون: هو في يد فلان وفي قبضته للشيء الذي يهون عليه التصرّف فيه، وإن لم يقبض عليه[(٢)].

وَتَقَبَّضَ عنه: اشْمَأَزَّ.

وقبض الشيء تقبيضًا: جمعه، وقبَّضه المال: أعطاه إياه.

وقُبض فلان: أي مات[(٣)].

معنى القبض في الاصطلاح:

القبض في الاصطلاح الفقهي: هو كون المقبوض في حيز القابض، وتمكينه من التصرّف فيه من غير مانع[(٤)].

وقد شاع عند بعض فقهاء المالكية التعبير عن القبض بالحوز والحيازة. قال التسولي في «البهجة»[(٥)]:

---

(١) سورة الزمر، آية: ٦٧.

(٢) فتح القدير، ج٤، ص٤٧٥.

(٣) القاموس المحيط باب الضاد فصل القاف، ج٢، ص٣٤١، مختار الصحاح، ص٥١٩، النهاية في غريب الحديث والأثر، باب القاف مع الباء، ج٤، ص٦، الحيازة في العقود، ص٣٩.

(٤) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٨، ٢٤٤، البهجة، ج١، ص١٦٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٧١، المغني، ج٤، ص١٢٥، ٣٦٩، القواعد لابن رجب، ص٧٦، الحيازة في العقود، ص٤٠، شرح مرشد الحيران للأبياني وسلامة، ج١، ص٥٨.

(٥) ج١، ص١٦٨.

الحوز: وضع اليد على الشيء المحوز.

وقال ابن جزي في «قوانين الأحكام الشرعية»[١]:

«القبض: وهو الحوز».

(١) ص٣٥١ ـ ٣٥٢.



المبحث الثاني

كيفية قبض العقار

تختلف كيفيةُ القبضِ تبعًا لاختلاف الأشياء المراد قبضها، والذي يعنيني هنا هو التحدث عن كيفية قبض العقار؛ لأنه موضوعُ البحث.

وقد اتفق الفقهاءُ[1] على أن قبض العقار يكون بالتخلية والتمكين من التصرّف من غير مانع.

وقيد المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، كون التخلية في العقار

---

(1) مختصر القدوري، ج٢، ص٥٤، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٨، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٤٤، الهداية، ج٨، ص١٩٣، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٥٦، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٦. مختصر خليل، ج٥، ص٢٣٢، الشرح الكبير، ج٣، ص١٤٥، الشرح الصغير، ج٢، ص٤٩٠، منح الجليل، ج٢٣٢، مختصر الخرقي، ص٥٧، كتاب الروايتين والوجهين، ج١، ص٣٢٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٢٩، المغني، ج٤، ٢٣٦٨، المحرر في الفقه، ج١، ص٣٢٣، المبدع، ج٤، ص١٢٣، الإنصاف، ج٤، ص٤٧١، الإقناع، ج٢، ص١١٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٩٢.

(2) الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج٣، ص١٤٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، نفس الجزء والصفحة، بلغة السالك، ج٢، ص٤٩٠.

(3) فتح العزيز، ج٨، ص٤٤٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٥١٥، ٥١٧، المجموع، ج٩، ص٢٧٦، ٢٧٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٧٣.

(4) المحرّر، ج١، ص٣٢٢، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج٤، ص٢٠١٠، =

قبضًا بما إذا كان العقار ليس فيه حق توفية بأن اشتراه بغير تقدير بزرع، أما إذا كان فيه حق توفية، كمن باع أرضًا مزارعة، فلا تكفي التخلية، بل لا بد مع ذلك من الزرع.

كما أن بعض الحنفية قيد اعتبار التخلية في العقار قبضًا بأن يكون قريبًا[١]، وبناء على هذا الرأي فإن التخلية في العقار البعيد لا تكون قبضًا، وهو ما ذهب إليه الصاحبان، وقد نسب هذا القول إلى أبي حنيفة.

قال قاضيخان مبينًا ذلك:

«لو باع دارًا من رجل ليست بحضرتهما، فقال البائع: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، ذكر في ظاهر الرواية: أن التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضًا إلا بدنو منهما.

وذكر في «النوادر» إذا قال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، والدار ليست بحضرتهما، يصير المشتري قابضًا في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إن كانت الدار بقرب منهما بحيث يقدر على الدخول والإغلاق يصير قابضًا وإلا فلا. وفي ظاهر الرواية اعتبر القرب ولم يذكر فيه خلافًا.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريبًا يتصور فيه

=وانظر حاشيته الجزء نفسه، ص٢٠١٩، الإقناع، ج٢، ص١٠٩، كشاف القناع، ج٣، ص٢٤١، التنقيح، ص١٣٢.

(١) استظهر ابن عابدين في حاشيته، ج٤، ص٥٦٢: أن القريب هو ما كان في البلد فقال: «التخلية قبض حكمًا لو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع.. وفي نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض: أي بأن تكون في البلد فيما يظهر». ثم قال في بيان البعيد: «والمراد بالبعيد: مالا يقدر على قبضه بلا كلفه، ويختلف باختلاف المبيع».

القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض، أما إذا كان بعيدًا لا يتصور القبض الحقيقي في الحال، فلا تقام التخلية مقام القبض»[(١)].

وقد رأيت تفصيلًا في «البيان والتحصيل»[(٢)] لابن رشد في حيازة العقار؛ حيث وردت مسألة عن الرجل يبتاع الأرض من الرجل، أو الدار... وقد عرفه المبتاع في يد البائع يحوزه ويملكه، ثم يسأله أن يحوزه له بعد البيع، هل ترى على البائع حوزًا؟

«قال سحنون: إذا كان المشتري اشترى ما قد عرفه في يد البائع، فلا حوز عليه، وإن دفعه عمَّن اشترى دافع، فتلك مصيبة دخلت على المبتاع.

قال محمد بن رشد:

شراء الرجل من الرجل الدار، أو الأرض لا يخلو من أربعة أوجه:

أحدهما: أن يكون المبتاع مقرًّا للبائع باليد والملك.

والثاني: أن يقرَّ له بالملك، ولا يقرَّ له باليد.

والثالث: أن يقرَّ له باليد، ولا يقرَّ له بالملك.

والرابع: لا يقرَّ له بيد ولا بملك.

فأما إذا كان مقرًّا باليد والملك فلا يلزمه أن يحوزه ما باع منه ويسلمه إليه وينزل فيه، وإن دفعه دافعٌ عن النزول في ذلك، أو استحقه مستحقٌّ بعد النزول فيه، فهي مصيبةٌ نزلت به على قول سحنون هذا.

والصواب: أنه يلزمه أن ينزلَه فيما باع منه ويسلمه إليه، بمنزلة إذا كان مقرًّا له بالملك غير مقرٍّ له باليد، مخافة أن ينهض لينزل فيه فيمنعه وكيله فيه، أو أمينه عليه من النزول فيه...

---

(١) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٥٧.
(٢) ج٧، ص٤٩٦ ـ ٤٩٨.

وأما إذا كان مقرًّا له باليد غير مقرٍّ له بالملك، فعلى مذهب سحنون لا يلزم البائع أن يحوزه ما باع منه.

والصواب: أن ذلك يلزمه على ما ذكرناه، للعلة التي وصفناها، فإن استحق من يده شيء من ذلك، وجب له الرجوع بذلك على البائع.

وأما إذا كان غير مقر له باليد ولا بالملك، فلا اختلاف، في أنه يلزمه أن يحوزه ما باع منه وينزله فيه، مخافة أن ينهض لقبض ذلك والنزول فيه، فيمنعه منه مانع، فإن استحق من يده شيء من ذلك، وجب له الرجوع به على البائع أيضًا.

وضمان ما يطرأ على ذلك بعد عقد البيع وإن كان قبل القبض في الوجوه كلها من غضب، أو غرق، أو هدم، أو حرق، وما أشبه ذلك من المبتاع، إلا على القول بأن السلعة المبيعة في ضمان البائع، وإن قبض الثمن وطال الأمر، ما لم يقبضها المبتاع أو يدعوه البائع إلى قبضها فيأبى.. للخروج من هذا الاختلاف يقول الموثقون في وثائقهم: ونزل المبتاع فيما ابتاع، وأبرأ البائع من درك الإنزال؛ لأنه بنزوله فيما ابتاع، يسقط الضمان عن البائع باتفاق.

ومن حقِّ المبتاع أيضاً إذا ابتاع أملاكًا في قرية من رجل، أن ينزله فيما باع منه بمحضر شهيدي عدل يتطول معهما على الأملاك، ويوقفهما على حدودها، مخافة أن يستحق عليه منها شيء، فينكره البائع أن يكون باع منه ذلك الموضع المستحق، فلكل واحد من المتابعين حق في الإنزال على صاحبه إذا دعا إليه، وجب أن يحكم له به على البائع ليسقط عنه الضمان المختلف في لزومه إياه، والمبتاع ليجد السبيل إلى الرجوع عليه بما يستحق من يده».



المبحث الثالث

شروط صحة القبض

اشترط الفقهاء لصحة القبض عدة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الشخص أهلًا للقبض:

والأهلية في الاصطلاح الفقهي: «صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلًا صالحًا لخطاب تشريعي»[1].

وكون الشخص أهلًا للقبض هو محلُّ اتفاقٍ بين الفقهاء، لكنهم اختلفوا فيمن يكون أهلًا له:

فذهب الحنفية[2] إلى أن أهلية الشخص للقبض هي نفسُها أهلية التعاقد، فيشترط لصحة القبض أن يكون القابض عاقلًا، فلا يصح قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل.

وأما البلوغ فيشترط لصحة القبض في بعض التصرفات دون بعض[3].

---

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، ج٢، ص٧٣٧.

(٢) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٦.

(٣) تصرفات الصبي غير البالغ عند الحنفية تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن تكون نافعة له نفعًا محضًا كقبول الهبة، والوصية، وفي هذا القسم لا يشترط لصحة قبضه بلوغه استحسانًا. =

وذهب المالكية[١] إلى أنه لا يشترط لصحة القبض صدوره ممن يتصف بأهلية التعاقد، بل تكفي الصفة الإنسانية مناطًا لاعتباره أهلًا للقبض، فيصح قبض الصغير والمحجور، ويكون قبضًا تامًّا.

وذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣] إلى أنه يشترط لصحة القبض صدوره من جائز التصرف، وهو: البالغ العاقل غير المحجور عليه.

الشرط الثاني: صدور الإقباض ممن له الولاية:

يشترط لصحة القبض أن يصدر ممن له حق الولاية.

والولاية قد تكون بطريق الأصالة، وهو أن يقبض بنفسه لنفسه.

وقد تكون بطريق النيابة، كالوكيل[٤].

= **الثاني**: أن تكون مضرة ضررًا محضًا كإعطاء الهبة، وكالإقراض وفي هذا القسم لا تصح تصرفاته وما ينشأ عنها من قبوض.
الثالث: أن تكون دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والشركة وهذه التصرفات وما ينشأ عنها من قبوض يتوقف نفاذها على إجازة ولي الصغير، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٦، ١٤١، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص٧٧، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لشلبي، ص٤٩٤، ٤٩٥، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، ص٣١٥.

(١) البهجة شرح التحفة، ج١، ص٢٠١، الحيازة في العقود، ص٥٥.
(٢) روضة الطالبين، ج٣، ص٣٤٣، المجموع، ج٩، ص١٥٧، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٨.
(٣) المغني، ج٤، ص٣٦٤، كشاف القناع، ج٣، ص٣٤٣.
(٤) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٦، ١٤١، البهجة شرح التحفة، ج١، ص٢٠١، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٨١٢، المجموع، ج٩، ص١٥٧، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٨، مختصر الخرقي، ص٥٦، المغني، ج٤، ص٣٦٣، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٩٢.

الشرط الثالث: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري:

اختلف الفقهاء في اشتراط كون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري على أربعة أقوال:

القول الأول: يشترط لصحة القبض أن يكون المبيع غير مشغول بحق لغير المشتري، فلو كانت الدار مشغولة بمتاع البائع فلا يصح القبض حتى يسلمها فارغة، وكذا لو باع أرضًا وفيها زرع، وبهذا قال الحنفية[(١)]، والشافعية[(٢)].

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٥٤، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٨، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٥، الهداية، ج٨، ص١٩٣، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٦٥، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٦، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٥٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٢١، واقعات المفتين، ص٩٨، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٦٢.

(٢) فتح العزيز، ج٨، ص٤٤٢، المجموع، ج٩، ص٢٧٦، المنهاج، ج٢، ص٧٢، روضة الطالبين، ج٣، ص٥١٥، نهاية المحتاج، ج٤، ص٩١.

ويلاحظ أن الشافعية اختلفوا في صحة بيع الأرض المزروعة وفي حكم صيرورتها في يد المشتري، قال الرافعي في فتح العزيز، ج٩، ص٢٠ مبينًا ذلك: «يصح بيع الأرض وإن كانت مزروعة على أصح الطريقين، كما لو باع دارًا مشحونة بأمتعة ولا يخرج على الخلاف في بيع الدار المستأجرة؛ لأن يدَ المستأجر حائلة ثمَّ. ومنهم: من خرَّجه على القولين.

قال الجمهور: ولو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد؛ لأن مدة بقاء الزرع مجهولة.. وهل نحكم بصيرورة الأرض في يد المشتري ودخولها في ضمانة إذا خلى البائع بينه وبينها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها مشغولة بملك البائع، كما ذكرنا فيما إذا كانت الدار المبيعة مشحونة بأمتعة البائع... وأظهرهما: نعم؛ لحصول التسليم في الرقبة، وهي المبيعة، ويخالف صورة الاستشهاد؛ لأن التفريغ ثَمَّ متأتٍ في الحال..».

وانظر في هذه المسألة أيضًا: المهذب، ج١، ص٢٨٧، الوجيز، ج١، ص١٤٨، المنهاج، ج٢، ص٨٢، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢١، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٠ ـ ٣٩٣.

قالوا: ولو جمعت الأمتعة في بيت من الدار وخلى بين المشتري وبينها حصل القبض فيما عداه، فإن نقلت الأمتعة منه إلى بيت آخر حصل القبض في الجميع(١).

وعلّلوا لهذا القول:

بأن معنى القبض: وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل فيفرغها بحسب الإمكان، ولا يكلف تفريغها في ساعة واحدة إذا كانت كبيرة(٢).

القول الثاني: لا يشترط ذلك فيصح قبض المشغول بحق غير المشتري، فلو خلى البائع بين المشتري والدار، وفيها متاع للبائع صحَّ القبضُ، وبهذا قال الحنابلة(٣).

وعلّلوا لذلك:

بأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز والتفرق، والعادة في قبض العقار تحصل بتخليته من غير حائل دونه.

وأما كونه مشغولًا بأمتعة البائع فلا يمنع صحة التسليم عُرفًا؛ لأن اتصالها بملك البائع لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة(٤).

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص٤٤٢، المجموع، ج٩، ص٢٧٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥١٥، مغني المحتاج، ج٢، ص٧٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص٩١.
(٢) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٥، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٦٤، مغني المحتاج، ج٢، ص٧٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص٩١.
(٣) المغني، ج٤، ص٣٦٨، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٩٧، المبدع، ج٤، ص١٢٢، الإنصاف، ج٤، ص٤٧١، كشاف القناع، ج٣، ص٢٤٨، الروض المربع، ج٤، ص٤٨٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٩٢.
(٤) المصادر السابقة.

القول الثالث: أنه لا يشترط في صحة القبض كون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري إلا في دار السكنى؛ فإنه يشترط إخلاؤها، وبهذا قال المالكية[(١)].

القول الرابع: أنه إذا كانت الدار مشحونة بأمتعة البائع لا يصح البيع، وهو وجه عند الشافعية، قال عنه إمام الحرمين: إنه ظاهر المذهب[(٢)].

الترجيح:

يظهر بالتأمل في الأقوال السابقة «أنَّ إختلاف الفقهاء فيها ليس مبنيًّا على استدلال بنصوصٍ من كتاب أو سنّة، وإنما مردُّه إلى اختلافهم في صدق ما اتفقوا عليه، فقد اتفقوا على أنَّ القبض معناه الحيازة والتمكّن من اليد والتصرّف، وأنه يشترط لصحة القبض انتفاء كل مانع من ذلك.

فمن لاحَ له أن الشغل يمنع من التمكن ويحول دونه اشترط كون المقبوض غير مشغول بحق لغير المشتري، ومن بدا له أنه لا يمنع لم يشترط.

ومن ترجَّح لديه أنه يمنع في بيت السكنى دون غيره اشترطه فيه فقط»[(٣)].

ومن ظهر له أن الشغل يمنع صحةَ التسليم والتصرف في المبيع، وأنه مانعٌ من معرفة المبيع معرفة تامة، وأن المقصود من العقد ترتبُ آثاره عليه قال ببطلان العقد.

---

(١) الشرح الكبير، ج٣، ص١٤٥، الشرح الصغير، ج٢، ص٤٩٠، منح الجليل، ج٥، ص٢٣٢.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٢٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٥١٥، المجموع، ج٩، ص٢٧٦، قال فيه عن هذا الوجه: إنه شاذ ضعيف؛ حيث جاء فيه ما نصُّه: «وحكى الرافعيُّ بعد هذا وجهًا شاذًّا ضعيفًا عند ذكر بيع الأرض المزروعة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالأقمشة».

(٣) الحيازة في العقود، ص٧٧.

ويترجح ـ والله أعلم ـ صحة بيع العقار المشغول بحق لغير المشتري، وصحة قبضه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: أنَّ العرف قاضٍ بذلك، فقد تعارف الناسُ صحة بيع العقار المشغول، وأن كونه مشغولًا بأمتعة البائع لا يمنع التسليم.

السبب الثاني: أنه لو رهنه دارًا فخلى بينه وبينهما وهما فيها ثم خرج الراهن صحَّ القبض، فكذلك لو باعه الدار، وهي مشغولة بأمتعته صحَّ قياسًا على ذلك؛ لأن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع[(١)]؛ «ولأن البائع عليه التمكين من القبض، وهو معنى التسليم فإذا وجد منه فقد قضى ما عليه»[(٢)].

السبب الثالث: أنَّ في اشتراط كون المبيع غيرَ مشغول بحق البائع مشقة على الناس، كما أنَّ في القول بعدم صحة البيع مشقة ظاهرة، وحرجٌ بيِّنٌ، وقد رفع الله الحرج والمشقة عن هذه الأمة. والله تعالى أعلم.

الشرط الرابع: أن لا يكون المقبوض حصة شائعة:

اختلف الفقهاء في اشتراط عدم الشيوع لصحة القبض على قولين:

القول الأول: يشترط لصحة القبض أن لا يكون المقبوض حصة شائعة، فإن كان المقبوض حصة شائعة فلا يصح القبض، وبهذا قال الحنفية[(٣)].

---

(١) المغني، ج٤، ص٣٦٩.
(٢) القواعد لابن رجب، ص٧٦.
(٣) مختصر القدوري، ج٢، ص٥٤، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٨، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٠، ١٣٨، الهداية، ج٨، ص١٩٣، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٦٤، العناية، ج٨، ص١٩٣.

القول الثاني: يصحُّ قبضُ الحصة الشائعة، وبهذا قال المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، على اختلاف بينهم في كيفية قبضه.

وسبب اختلاف الفقهاء يرجع إلى الخلاف في إمكان حيازة المشاع وقبضه. فمن رأى أن حيازته غير ممكنة اشترط عدم الشيوع لصحة القبض.

ومن رأى أن حيازته ممكنة لم يشترط ذلك.

قال ابن رشد في «بداية المجتهد»[٥]:

«والسبب في الخلاف، هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن».

الأدلة

دليل القول الأول:

استدلَّ الحنفية على عدم صحة قبض المشاع بأن معنى القبض هو: التمكّن من التصرف في المقبوض، والتصرف في الجزء الشائع وحده لا

---

(١) المدونة، ج٥، ص٢٩٦، بداية المجتهد، ج٢، ص٢٧٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٨١٣، قوانين الأحكام الشرعية، ٢٣٥١، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٣٥، الشرح الصغير، ج٢، ص٥٧٠، حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢٣٥.

(٢) الأم، ج٣، ص١٩٠، المهذب، ج١، ص٣١٥، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٣، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج١، ص١٩٣، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٤٧، روضة الطالبين، ج٤، ص٣٩.

(٣) المقنع، ج٢، ص١٠٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص١٣٦، المغني، ج٤، ص٣٦٩، ٣٧٤، المحرر، ج١، ص٣٣٥، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٩٧، المبدع، ج٤، ص٢١٦، الإنصاف، ج٥، ص ١٤١ ـ ١٤٢، كشاف القناع، ج٣، ص٢٤٨.

(٤) المحلىٰ، ج٨، ص٤٨٣.

(٥) ج٢، ص٢٧٣.

يتصور، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل، لأن العقد لم يتناول الكل[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحابه بأن الشيوع لا يمنع صحةَ القبض؛ لأن قبض الشيء وضعُ اليد عليه، والتمكن منه، وفي قبضه للكل وضع ليده على حصته، وتمكن منها، فكان المشاع كالمقسوم في صحة القبض[٢].

ولأن التخلية في العقار تصح بالقول مع التمكين منها وعدم المانع فأشبه ما لو كان مفرزًا، أي: مقسومًا[٣].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول بصحة قبض المشاع، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول ووجاهته، ولم أجد ـ بجهدي المتواضع ـ له مناقشة فيما اطلعت عليه.

السبب الثاني: أن ما استدل به الحنفية على عدم صحة قبض المشاع، وهو:

(أن معنى القبض: التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في الجزء الشائع وحدَه لا يتصور) هو محل نظر:

---

(١) بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٠، ١٣٨.

(٢) المهذب، ج١، ص٣١٥، مغني المحتاج، ج٢، ص١٢٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٣٤، المغني، ج٤، ص٣٦٩، ٣٧٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٩٧، كشاف القناع، ج٣، ص٢٤٨، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٤٨٦، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٠، ١٣٨، الحيازة في العقود، ص٨٠.

(٣) المغني، ج٤، ص٣٦٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٩٧، المبدع، ج٤، ص٢١٦.

لأنه لو كان القبض غير صحيح في الحصة الشائعة لعدم تمكن كل واحد من الشريكين من التصرف في حصته، لكان الشريكان في كل مال شائع غير قابضين له، ولو كانا غير قابضين له لكان مهملًا لا يد لأحد عليه، وهذا أمر ينكره الشرع والعيان:

أما الشرع: فلأنه جعل تصرفهما فيه تصرف ذي الملك في ملكه.

وأما العيان: فلكونه عند كل واحد منهما مدة يتفقان عليها، أو عندهما ينتفعان به ويستغلانه، أو عند من يتفقان على كونه عنده[1].

السبب الثالث: أن الله تعالى قد أطلق القبض في كتابه الكريم في قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌۖ﴾[2]، ولم يخص تعالى مشاعًا من مقسوم[3]، ولهذا يرجع في القبض إلى العرف لكونه ورد مطلقًا في الشرع، كالإحياء والإحراز[4].

السبب الرابع: أن القبض يقع على معانٍ مختلفة، فالدنانير والدراهم وما صغر يقبض باليد، وتقبض الدور بدفع المفاتيح، والأرض بالتسليم، وقبض المشاع أن لا يكون دونه حائل.

قال الإمام الشافعي:

«القبض اسم جامع، وهو يقع بمعان مختلفة، كيف ما كان الشيء معلومًا أو كان الكل معلومًا، والشيء من الكل جزء معلوم من أجزاء سُلِّمَ حتى لا يكون دونه حائل فهو قبض، فقبض الذهب والفضة والثياب: في مجلس الرجل، والأرض: أن يؤتى في مكانها فتسلم، لا تحويها يدٌ ولا

---

(١) المحلىٰ، ج٨، ص٤٨٣.
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٨٣.
(٣) المحلىٰ، ج٨، ص٤٨٢.
(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٢٩.

يحيط بها جدارٌ، والقبض في كثير من الدور والأرضين إسلامها بأعلاقها.. والمشاع من كل أرض وغيرها: أن لا يكون دونه حائل فهذا كله قبض مختلف يجمعه اسم القبض، وإن تفرق الفعل فيه غير أنه يجمعه أن يكون مجموع العين، والكل جزء من الكل معروف ولا حائل دونه فإذا كان هكذا فهو مقبوض»[(١)].

تنبيه:

بعد معرفة هذا القدر من شروط صحة القبض ينبغي التنبيه على أنه لا يشترط في صحة قبض العقار أن يدخله المشتري ويمر على حدوده، بل تكفي تخليته، والتمكين من التصرف من غير مانع، كما هو ظاهر مما تقدم في كيفية قبض العقار وشروط صحة القبض، وكما صرح بذلك الرافعي والنووي. فقال الرافعي رحمه الله:

«إن كان المبيع مما لا ينقل كالدور والأراضي فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه، ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه»[(٢)].

وقد وردت العبارة نفسها في «المجموع»[(٣)] للنووي رحمه الله.

وأما السغدي الحنفي رحمه الله: فقد ذكر أنه لا بد من ذلك، فقال في «النتف في الفتاوى»[(٤)]: «قبض الأرض: فما لم يدخل فيها أو يمر على حد من حدودها ويراه فلا يكون قبضًا، فإذا دخل فيها ومرَّ على حدٍّ من حدودها فيكون قبضًا عند ذلك».

---

(١) الأم، ج٣، ص١٩١.
(٢) فتح العزيز، ج٨، ص٤٤٢.
(٣) ج٩، ص٢٧٦.
(٤) ج١، ص٤٨٠ ـ ٤٨١.

وقد تعقبه محققه[١]، فقال:

«هذا في زمن مصنف النتف، أما في زماننا هذا في البلاد التي يوجد فيها نظام السجل العقاري فليس للقبض هذه الأهمية، ولا يشترط دخول المشتري الأرض أو مروره على حدٍّ من حدودها لاعتبار القبض حاصلًا، بل يكفي حصول سند السجل العقاري في يد المشتري لاعتبار القبض حاصلًا، ما لم يعترض البائع سبيل المشتري ويحول دون قبضه الأرض فيعد ضامنًا فعل نفسه».

قلت: يمكن الجمع بين ما ذكره جمهور الفقهاء، وما ذكره السفدي، بأن ما ذكره جمهور الفقهاء، المراد به: القبض الحكمي.

وما ذكره السفدي: المراد به: القبض الحقيقي.

والله تعالى أعلم...

---

(١) هو الدكتور: صلاح الدين الناهي الأستاذ بجامعة بغداد: ورئيس شرف جمعية القانون المقارن العراقية.

الفصل الرابع

حكم بيع العقار
المشترى قبل قبضه

حكم بيع العقار المشترى قبل قبضه

اختلف الفقهاء في حكم بيع العقار المشترى قبل قبضه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح بيعه قبل قبضه، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وهو المفتى به عند الحنفية[1]، وهو مذهب المالكية[2]، وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه[3].

القول الثاني: لا يصح بيعه قبل قبضه، وبهذا قال الشافعية[4]،

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٣٥، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٦٣، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٦٩، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٤٠، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٨٠، الهداية، ج٥، ص٢٦٥، تبيين الحقائق، ج٤، ص٤٩، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج٢، ص١٨٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص٧٩، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٣.
ويلاحظ أن بعضها أطلق صحة بيع العقار قبل قبضه، وبعضها قيد ذلك بالعقار الذي لا يخشى هلاكه، فإن تصور هلاكه بأن كان على شط نهر أو نحوه لم يصح بيعه قبل قبضه.

(٢) المدونة، ج٤، ص٨٧ ـ ٨٨، مختصر خليل، ج٥، ص٢٤٦، الفروق، ج٣، ص٢٨٠، بداية المجتهد، ج٢، ص١٤٤، الشرح الكبير، ج٣، ص١٥١، الشرح الصغير، ج٢، ص٤٩٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٦١.

(٣) المغني، ج٤، ص٢٣٩، الفروع، ج٤، ص١٣٧، الإنصاف، ج٤، ص٤٦٦.

(٤) الإقناع في الفقه الشافعي، ص٩٢، المهذب، ج١، ص٢٦٩، الوجيز، ج١، ص١٤٦، فتح العزيز، ج٨، ص٤١٤، المنهاج، ج٢، ص٦٨، المجموع، ج٩، ص٢٦٤،=

والظاهرية[١]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٢]، اختارها ابن عقيل[٣]، وشيخ الإسلام ابن تيمية[٤]، وقد قال بهذا القول محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية[٥].

=روضة الطالبين، ج٣، ص٥٠٦، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٣٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٦٨، نهاية المحتاج، ج٤، ص٨٣.

(١) المحلىٰ، ج٩، ص٥٩٢.

(٢) المقنع، ج٢، ص٦١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٢، ص١٢٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٥، المحرر في الفقه، ج١، ص٣٢٢، الفروع، ج٤، ص١٣٧.
الإنصاف، ج٤، ص٤٦٦، المبدع، ج٤، ص١١٩، الاختيارات الفقهية، ص٢٢٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٣٩٨.

(٣) المغني، ج٤، ص١٢٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٥، الفروع، ج٤، ص١٣٧، الإنصاف، ج٤، ص٤٤٦، المبدع، ج٤، ص١٢٠، الاختيارات الفقهية، ص٢٢٣، القواعد لابن رجب، ص٧٩، حاشية المقنع، ج٢، ص٦٢.

(٤) الاختيارات الفقهية، ص٢٢٣، الفروع، ج٤، ص١٣٧، الإنصاف، ج٤، ص٤٦٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٣٩٨، حاشية المقنع، ج٢، ص٦٢، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٤٧٧، ٤٨١.

(٥) مختصر القدوري، ج٢، ص٣٥، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٦٣، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٦٩، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٤٠، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٨٠، الهداية، ج٥، ص٢٦٥، تبيين الحقائق، ج٤، ص٧٩، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج٢، ص١٨٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص٧٩، الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٣.
وينبغي التنبيه على أنه إذا كان البيع قبل القبض لا يصح، فإنه يترتب على ذلك: أنه إذا باعه قبل قبضه يكون آثمًا، ويكون عقده فاسدًا، وقبض المبيع في البيع الفاسد لا يفيد الملك عند الثلاثة خلافًا لأبي حنيفة.
قال صاحب كتاب «رحمة الأمة في اختلاف الأئمة» ص١٣٢ ـ ١٣٣ ما نصه: «إذا قبض المبيع بيعًا فاسدًا لم يملكه باتفاق الثلاثة، وقال أبو حنيفة: إذا قبضه بإذن البائع بعوض له قيمة ملكه بقيمته، ثم للبائع أن يرجع في العين مع الزيادة المتصلة والمنفصلة إلا أن يتصرف المشتري فيها تصرفًا يمنع الرجوع فيأخذ قيمتها. ولو غرس في الأرض المبيعة بيعًا فاسدًا أو بنى لم يكن للبائع قلع الغراس، أو البناء إلا بشرط ضمان النقصان، وله أن يبذل القيمة ويتملكها عند الثلاثة. وقال أبو حنيفة: ليس له استرجاع الأرض ويأخذ قيمتها، وقال أبو يوسف ومحمد: ينقض البناء ويقلع الغراس، ويرد الأرض على البائع».

القول الثالث: إن اشترى العقار مقدرًا بذرع فلا يصح له بيعه قبل قبضه، وإن اشتراه بغير تقدير صحَّ بيعه قبل قبضه، وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة.

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما ذكره صاحب «العناية»[(١)]؛ حيث قال: «الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزًا لعموم قوله تعالى:

﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[(٢)].

لكنه خصَّ منه الربا، بدليل مستقل مقارن، وهو قوله تعالى:

﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[(٣)].

والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد، وهو: ما رُوي أنه ﷺ «نهى عن بيع ما لم يقبض»[(٤)]، ثم لا يخلو: إما أن يكون معلولًا بغرر الانفساخ أو لا. فإن كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار، وإن لم يكن: وقع التعارض بينه، وبين ما روى في السنن مسندًا إلى الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[(٥)].

وبينه وبين أدلة الجواز، وذلك يستلزم الترك، وجعله معلولًا بذلك

---

(١) ج٥، ص٢٦٦.
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.
(٣) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.
(٤) الحديث ضعيف، وسيبين ذلك في الدليل الثالث من أدلة القول الثاني.
(٥) سبق تخريجه، ص٢٣٥.

إعمال لثبوت التوفيق حينئذٍ، والإعمال متعين لا محالة، وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع، ويكون مختصًّا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض، هذا والله أعلم بالصواب».

الدليل الثاني: ومن أدلتهم الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ومنها: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه». متفق عليه[(١)].

وفي لفظ لهما: حتى يقبضه.

ومنها:

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: كانوا يتبايعون الطعام جزافًا[(٢)] بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعو حتى ينقلوه». متفق عليه[(٣)].

وفي لفظ لهما: حتى يحلولوه.

ومنها:

ما رواه جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا ابتعت طعامًا فلا تبعه حتى تستوفيه». أخرجه مسلم[(٤)].

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام الحكرة، ج٣، ص٨٩، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج١٠، ص١٦٨ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) الجزاف: بكسر الجيم وضمها وفتحها ثلاث لغات، والكسر أفصح، وهو: البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير، قاله النووي في «شرح مسلم»، ج١٠، ص١٦٩.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من رأى إذا اشترى طعامًا جزافًا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، والأدب في ذلك، ج٣، ص٩٠، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج١٠، ص١٦٩ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٤) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج١٠، ص١٧٢، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج٣، ص٣٩٢.

ومنها:

ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: نهى رسول الله ﷺ «أن يشترى الطعام ثم يباع حتى يستوفى». أخرجه مسلم(١).

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة:

دلت الأحاديثُ السابقة وما في معناها بمنطوقها على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

ودلت بمفهومها على أن حكم غير الطعام ـ ومنه العقار ـ بخلاف حكم الطعام، وأنه يصح بيعه قبل قبضه(٢).

قال الزركشي رحمه الله:

«وهذه الأحاديث شاملة بمنطوقها لكل طعام، ومفهومها أن غير الطعام ليس كذلك، وهو في معنى مفهوم الصفة؛ لأنه اسم مشتق، لا اسم جامد كزيد ونحوه»(٣).

المناقشة:

ناقش النووي الاستدلال بهذه الأحاديث فقال:

«والجواب عن احتجاجهم بأحاديث النهي عن بيع الطعام من وجهين:

أحدهما: أن هذا الاستدلال بداخل الخطاب، والتنبيه مقدَّم عليه، فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى.

---

(١) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج١٠، ص١٧١.
(٢) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٣٨، الفروق، ج٣، ص٢٨٠، تهذيب الفروق، ج٣، ص٢٨٦، بداية المجتهد، ج٢، ص١٤٥، المجموع، ج٩، ص٢٧١، المغني، ج٤، ص١٢٢، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٤.
(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج٤، ص٢٠١٧ ـ ٢٠١٨.

والثاني: أن النطق الخاص مقدَّم عليه، وهو حديث حكيم، وحديث زيد»[(١)].

دفع هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عن هذه المناقشة بأن الوجه الأول، وهو قوله: «إن هذا الاستدلال بداخل الخطاب، والتنبيه مقدم عليه، فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى». أن هذه المناقشة محلٌّ نظر:

لأنه قد اختلف في كون النهي عن بيع الطعام قبل قبضه معللًا أو غير معلل.

فقال بعض المالكية: إن الصحيح عند أهل المذهب: أن هذا النهي تعبدي.

وقيل: إنه معقول المعنى؛ لأن الشارع له غرض في ظهوره، فلو أجيز بيعه قبل قبضه لباع أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور بخلاف ما إذا منع ذلك فإنه ينتفع به الكيَّال والحمَّال، ويظهر للفقراء فتقوى به قلوب الناس ولا سيما في زمن المسغبة والشدة[(٢)].

وقال غيرهم: إن معنى اختصاص النهي عن بيعه قبل القبض؛ لأنه أشرف من غيره، لكونه سببَ قيام البنية، وعماد الحياة، فشدّد الشارع في اشتراط قبضه قبل بيعه على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه،

---

(١) المجموع، ج٩، ص٢٧١، وحديث حكيم المشار إليه هو قوله ﷺ: «إذا ابتعت بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه». أخرجه البيهقي، وحديث زيد المشار إليه هو: «أن النبي ﷺ نهى أنْ تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم». أخرجه أحمد وأبو داود. وسيأتي الكلام عنهما مفصلًا عند ذكر أدلة القول الثاني ومناقشتها.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٥١، بلغة السالك، ج٢، ص٤٩٤.

كاشتراط الولي والصداق في عقد النكاح دون عقد البيع، وشرط في القضاء ما لم يشترطه في منصب الشهادة[(١)].

وبناء على هذا فإن ما ذكره النووي من التنبيه: إذا كان النهي عن بيع الطعام قبل قبضه تعبدي، فلا يرد ما ذكره من التنبيه.

وأما إذا كان معقول المعنى فإن ما ذكر من المعنيين السابقين هو أولى وأقرب إلى الرجحان فيما يظهر.

وأما الوجه الثاني:

وهو قوله: «إن النطق الخاص مقدم عليه، وهو حديث حكيم، وحديث زيد»، فيمكن دفع هذه المناقشة بما يلي:

أولًا: أن الاستدلال بهذين الحديثين هو محلُّ نظر سَيُبَيَّنُ عند إيرادهما في أدلة القول الثاني.

ثانيًا: أن هذه الأحاديث تُرجَّح لكثرة رواتها وتُقدَّم على حديث حكيم، وحديث زيد.

ثالثًا: أن أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وما يفهم منها من صحة بيع غيره قبل قبضه، مخرجة في الصحيحين وغيرهما، وهي أشهر فتكون أولى.

رابعًا: أن أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه خاصة، وحديث حكيم بن حزام، وما في معناه عامة، فيؤخذ بالأحاديث التي نصَّت على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وهذا من باب تقديم الخاص على العام عند تعارضهما، أو من باب حمل المطلق على المقيد[(٢)].

---

(١) الفروق، ج٣، ص٢٨١.

(٢) ذكر هذا القرافي في الفروق، ج١، ص١٩٣، وناقشه.

خامسًا: أن أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه وما يفهم منها من صحة بيع غيره، موافقة للقياس؛ لأن الأصل صحة البيع قبل القبض لعموم الأدلة، فتكون أولى، ولأنها أشبه بظاهر القرآن. والله تعالى أعلم.

الدليل الثالث: أنه يصح بيع العقار قبل قبضه، قياسًا على التصرف قبل القبض في المهر، وبدل الخلع، والعتق، وبدل الصلح عن دم العمد[(١)]، وذلك أن ما لا ينفسخ العقد بهلاكه يصحّ التصرف فيه قبل قبضه لعدم توهم غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه.

الدليل الرابع: أنَّ ركن البيع صدر من أهله، لكونه بالغًا عاقلًا غير محجور عليه، وقد صادف محلًا صالحًا للبيع، وهو العقار المملوك للبائع، وذلك يقتضي الجواز؛ لأن المانع من البيع قبل القبض، هو غرر الانفساخ بهلاك المبيع قبل قبضه، وهذا نادر في العقار، والنادر لا عبرة به، فلا يمنع الجواز[(٢)].

ولأنه يصح «بيع الدور والأرضين، قبل قبض مشتري إياها، لأنها لا تنقل ولا تحول وسائر البيعات[(٣)] ليست كذلك»[(٤)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إني أبيع بيوعًا

---

(١) تبيين الحقائق، ج٤، ص٨٠.

(٢) الهداية، ج٥، ص٢٦٦، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٨٠، فتح القدير، ج٥، ص٢٦٦، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٨، كشف الحقائق، ج٢، ص٢٨، الدرر الحكام، ج٢، ص١٨٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص٧٩، اللباب في شرح الكتاب، ج٢، ص٣٥.

(٣) وفي نسخه: «البياعات»، كما أشار إلى ذلك مصحح شرح معاني الآثار.

(٤) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٤١.

كثيرة فما يحل لي منها مما يحرّم عليّ؟. قال: يا ابن أخي إذا ابتعت بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه»[١]. أخرجه البيهقي[٢].

وجهة الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ حين سأله حكيم بن حزام رضي الله عنه عن البيوع التي تحلُّ له من التي تحرم عليه، بيَّن له ﷺ أنه إذا اشترى شيئًا فلا يبيعه حتى يبضه، وهذا عام في كل مبيع.

المناقشة:

يناقش استدلالهم بهذا الحديث من وجوه:

---

(١) بداية المجتهد، ج٢، ص١٤٥، المهذب، ج١، ص٢٦٩، المجموع، ج٩، ص٢٧١، مغني المحتاج، ج٢، ص٦٨، نهاية المحتاج، ج٤، ص٨٣، المحلى، ج٩، ص٥٩٣، فتح الباري، ج٤، ص٣٥٠.

(٢) هو في سننه الكبرى، ج٥، ص٣١٣، من طريق يحيى بن أبي كثير، عن يوسف بن ماهك، عن عبدالله بن عصمة، عن حكيم به، وقال: لم يسمعه يحيى من يوسف، إنما سمعه من يعلى بن حكيم عن يوسف، ثم رواه كذلك، وقال: هذا إسناد حسن متصل.
ورواه الدارقطني في كتاب البيوع، ج٣، ص٨، رقم ٢٥ ورواه ابن أبي شيبه، ج٦، ص٣٦٥، ورواه الإمام أحمد في مسنده، ج٣، ص٤٠٢، عن يوسف بن ماهك عن حكيم ابن حزام قال قلت: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندك.
ورواه أصحاب السنن أيضًا بهذا اللفظ كما في سنن: النسائي كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عندك، ج٧، ص٢٨٩، وفي سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، ج٢، ص٧٣٧، حديث رقم: ٢١٨٧.
وقد اختلف في معناه، على ثلاثة أقوال:
الأول: أن معناه: أن يبيع السلعة المعينة التي هي مال الغير فيبيعها ثم يتمكلها ويسلمها إلى المشتري، والمعنى: لا تبع ما ليس عندك من الأعيان.
الثاني: أن معناه: أنه يأتيه الشخص فيقول أريد طعامًا أو ثوبًا أو غير ذلك فيقول نعم أعطيك فيبيعه منه، ثم يذهب فيحصله من عند غيره إذا لم يكن عنده، فالطالب: طلب الجنس لم يطلب شيئًا معينًا.
الثالث: أن المراد به: أن يبيع ما في الذمة مما ليس هو ملكًا له ولا يقدر على تسليمه ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمنه ويقدر على تسليمه. زاد المعاد، ج٤، ص٢٦٣ ـ ٢٦٤.

الوجه الأول: أن في سند هذا الحديث: عبدالله بن عصمة الجشمي، قال عنه عبد الحق: ضعيف جدًا، وتبعه على ذلك ابن القطان[1]، وقال عنه الذهبي:

لا يعرف[2].

وقال عنه ابن حزم: متروك[3].

وقد أجيب عن هذه المناقشة:

بأن عبدالله بن عصمة مقبول الحديث، وقد ذكره ابن حيان في «الثقات»[4]، والذين ضعَّفوه اشتبه عليهم عبدالله بن عصمة هذا بغيره ممن يسمَّى بهذا الاسم[5].

قال ابن حجر بعد أن أورد فيه الجرح السابق والقول بأنه مجهول ما نصُّه:

«وهو جرحٌ مردودٌ؛ فقد روى عنه ثلاثة، واحتج به النسائي»[6].

الوجه الثاني: أن هذا الحديث فيه اضطرابٌ في سنده، وفيه رجلٌ لم يسمَّ.

وقد أجيب عن ذلك:

بأنه قد رُوي من وجه ليس فيه اضطراب، وقد وردت فيه تسمية الرجل الذي لم يسمَّ في الرواية الأولى[7].

---

(١) نصب الراية، ج٤، ص٣٢ ـ ٣٣، تلخيص الحبير، ج٣، ص٥، فتح القدير، ج٥، ص٢٦٤.
(٢) ميزان الاعتدال، ج٢، ص٤٦١.
(٣) المحلىٰ، ج٩، ص٥٩٤.
(٤) ج٥، ص٢٧.
(٥) نصب الراية، ج٤، ص٣٣.
(٦) تلخيص الحبير، ج٣، ص٥، رقم الحديث ١١٢٦.
(٧) انظر في ذلك: المحلى، ج٩، ص٥٩٤، نصب الراية، ج٤، ص٣٢ ـ ٣٣، تلخيص الحبير، ج٣، ص٥، فتح القدير لابن الهمام، ج٥، ص٢٦٤.

الوجه الثالث: أنه قد يناقش هذا الحديث بأن العموم الوارد فيه مخصوصٌ بالطعام؛ فقد أخرجه النسائي عن حكيم بن حزام بألفاظ، منها: «قال لي رسول الله ﷺ: لا تبع طعامًا حتى تشتريه وتستوفيه». وفي رواية: قال حكيم بن حزام: «ابتعت طعامًا من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال: لا تبعه حتى تقبضه»(١).

الدليل الثاني: ما رواه زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»(٢). أخرجه أحمد(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ قد نهى أن تباع السلع قبل حيازتها، ولم يخص سلعة دون سلعة، بل شمل النهي كل السلع، والنهي يقتضي التحريم.

---

(١) سنن النسائي كتاب البيوع: باب: بيع الطعام قبل أن يستوفي، ج٧، ص٢٨٥.
(٢) المجموع، ج٩، ص٢٧١، المغني، ج٤، ص١٢٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٦.
(٣) هو في مسند أحمد، ج٥، ص١٩١، من طريق محمد بن إسحاق عن أبي الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قدم رجل من أهل الشام بزيت فساومته فيمن ساومه من التجار حتى ابتعته منه، حتى قال، فقام رجل فربحني فيه حتى أرضاني فأخذت بيده لأضرب عليها فأخذ رجل بذراعي من خلفي فالتفت إليه فإذا زيد بن ثابت، فذكر الحديث.
ورواه الدارقطني في كتاب البيوع، ج٣، ص١٣، برقم ٣٦.
وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، باب: نهي النبي أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم، ج٢، ص٤٠ وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وقد أخرجه الحاكم بإسنادين الأول عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ به.
والثاني: عن محمد بن إسحاق عن أبي الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر قال: «ابتعت زيتًا في السوق فلما استوجبته لقيني رجلٌ فأعطاني به ربحًا فأردت أن أضرب على يديه، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت إليه فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم».

المناقشة:

الوجه الأول: نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

أن هذا الحديث من رواية محمد بن إسحاق بن يسار عن أبي الزناد، وابن إسحاق مختلف في الاحتجاج به، وهو مدلس، وقد قال عن أبي الزناد، والمدلس إذا قال: «عن» لا يحتج به[(١)].

وقد أجاب النووي عن هذه المناقشة بعد ذكره لها بقوله:

«لكن لم يضعِّف أبو داود هذا الحديث، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده، فلعله اعتضد عنده، أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق له عن أبي الزناد»[(٢)].

الوجه الثاني: أن الحديث على فرض صحته، فإنه يناقش بأنه ليس عامًّا في كل مبيع، بل هو خاصٌّ بالمنقول؛ لأنه هو الذي يمكن حيازته ونقله إلى رحالهم[(٣)]، حيث جاء فيه قوله ﷺ «... حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»، والعقار لا يمكن فيه ذلك فدلَّ هذا على أن المقصود به المنقول، بل قد ورد في سياق الحديث أن المبيع كان زيتًا، كما سبق ذكره في أثناء تخريجه.

الدليل الثالث: ما روى عتاب بن أسيد أنه لما بعثه النبي ﷺ إلى مكة قال له: «انههمْ عن بيع ما لم يقبضوا، وربح ما لم يضمنوا»[(٤)]. أخرجه البيهقي في سننه[(٥)].

---

(١) المجموع، ج٩، ص٢٧١.
(٢) المجموع، ج٩، ص٢٧١.
(٣) ينظر فتح القدير لابن الهمام، ج٥، ص٢٦٦.
(٤) فتح العزيز، ج٨، ص٤١٥، المغني، ج٤، ص١٢٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٦.
(٥) السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، ج٥، ص٣١٣، وقال: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكر بهذا الإسناد. =

وقد نوقش هذا الحديث:

بأنه ضعيف، وفيه اختلاف واضطراب، كما ذكر ابن حجر[(١)]، وأشار إلى ذلك في «المغني»[(٢)]، و«الشرح الكبير»[(٣)].

وقال: البيهقي ـ بعد روايته له ـ: تفرد به يحيى بن صالح الآيلي، وهو منكر بهذا الإسناد، كما سبق بيانه آنفًا عند تخريجه.

وأما القرافي رحمه الله؛ فقد ناقش هذا الحديث، وما في معناه فقال:

«المراد بها نهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عندك، فينهى الإنسان عن بيع ملك غيره، ويضمن تخليصه؛ لأنه غرر»[(٤)].

كما أن الإمام أحمد رحمه الله حين سئل عن النهي عن ربح ما لم يضمن أجاب:

بأنه في الطعام، وما أشبهه، من مأكول، أو مشروب، فلا تبعه حتى تقبضه[(٥)].

الدليل الرابع: آثار مروية عن الصحابة:

وذلك أنه ثبت عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس رضي الله عنه: ولا أحسب كل شيء إلا مثله».

= وأخرجه ابن ماجه مختصرًا عن عتاب بن أسيد قال: «لما بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مكة، نهاه عن شف ما لم يضمن»، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، ج٢، ص٧٣٨، حديث رقم: ٢١٨٩، قال في الزوائد: «في إسناده ليث بن أبي سليم، ضعيف ومدلس، وعطاء، هو ابن أبي رباح، لم يدرك عتابًا».

(١) انظر: تلخيص الحبير، ج٣، ص٢٥.
(٢) ج٤، ص١٢٨.
(٣) ج٢، ص٤٠٦.
(٤) الفروق، ج٣، ص٢٨١.
(٥) المغني، ج٤، ص١٢٢.

وفي رواية مسلم: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام». الحديث متفق عليه[(١)].

وروي عن جابر، في الرجل يبتاع المبيع، فيبيعه قبل أن يقبضه، قال: أكرهه. أخرجه الطحاوي[(٢)].

وجه الدلالة من ذلك:

ما ذكره الطحاوي رحمه الله من أن:

«ابن عباس رضي الله عنهما، لم يمنعه قصد النبي صلى الله عليه وسلم بالنهي إلى الطعام، أن يدخل في ذلك النهي، غير الطعام»[(٣)].

وكذلك ما ورد عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما: يدل على أنه قد سوَّى بين الأشياء المبيعة في ذلك.

المناقشة:

يمكن مناقشة ما ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما من قوله: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام»، أن الحجة في روايته لا في رأيه، وروايته ناطقة بتخصيص النهي بالطعام دون غيره فعليها يعتمد.

وأما ما روي عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما فيمكن حمله على الكراهة التنزيهية؛ لأنه قال: «أكرهه».

على أن قول الصحابي يكون حجة إذا لم يخالفه غيره من الصحابة، أما إذا خالفه غيره فيتخير من أقوالهم ما هو أقرب إلى الكتاب والسنّة، وقد

---

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، ج٣، ص٨٩، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، ج١٠، ص١٦٨، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) شرح معاني الآثار: باب ما نهى عن بيعه حتى يقبض، ج٣، ص٣٩.

(٣) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

خالفهما في ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه فإنه قد روي عنه أنه قال: «لا بأس إذا اشترى الرجل المبيع أن يبيعه قبل أن يقبضه ما خلا الكيل والوزن»[١]. ولعل قوله هو الأقرب للرجحان لموافقته لعموم القرآن في إباحة البيع، ويتأكد ذلك بما فهم من نهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، فإنه يفهم منه أن غير الطعام بخلاف. والله تعالى أعلم.

الدليل الخامس: القياس:

وقالوا فيه:

يقاس المبيع غير الطعام، ومنه العقار على الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه[٢]؛ لأنه لم يتم الملك عليه فربما هلك قبل قبضه، فانفسخ العقد، وذلك غرر فلم يجز بيعه قبل قبضه كالمكيل والموزون[٣].

المناقشة:

ناقش القرافي القياس بأنه قياس مع الفارق؛ فقال ـ مبينًا الفرق بين الطعام وغيره ـ:

«الفرق بأن الطعام أشرف من غيره، لكونه سبب قيام البنية، وعماد الحياة، فشدّد الشرع على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه، كاشتراط الولي والصداق في عقد النكاح دون عقد البيع، وشرط في القضاء ما لم يشترطه في منصب الشهادة»[٤].

«وقولهم: لم يتم الملك عليه: ممنوع، فإن السبب المقتضي للملك

---

(١) المحلى، ج٩، ص٥٩٦.
(٢) المجموع، ج٩، ص٢٧١، الفروق، ج٣، ص٢٨١، تهذيب الفروق، ج٣، ص٢٨٦.
(٣) المهذب، ج١، ص٢٦٩، المغني، ج٤، ص١٢٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٦.
(٤) الفروق، ج٣، ص٢٨١.

متحقق، وأكثر ما فيه تخلف القبض، واليد ليست شرطًا في صحة البيع»[(١)]، بدليل جواز بيع ما ورثه قبل قبضه، وبيع ما أقرضه أو أعاره قبل استرجاعه عند الشافعية[(٢)].

ثم هو قياس مع الفارق؛ لأن العقار يندر هلاكه بخلاف الطعام.

الدليل السادس: المعنى:

قال الرافعي في أثناء ذكر أدلة الشافعية على عدم صحة البيع قبل القبض مطلقًا:

«وذكر الأصحاب من طريق المعنى سببين:

أحدهما: أن الملك قبل القبض ضعيف، لكون المبيع من ضمان البائع، وانفساخ البيع لو تلف، فلا يفيد ولاية التصرف.

والثاني: أنه لا يتوالى ضمانا عقدين في شيء، ولو نفذنا البيع من المشتري لأفضى الأمر إليه؛ لأن المبيع مضمون على البائع للمشتري، وإذا نفذ منه صار مضمونًا عليه للمشتري الثاني، فيكون الشيء الواحد مضمونًا له وعليه، في عقدين»[(٣)].

المناقشة:

وقد ناقش ذلك الرافعي بنفسه فقال:

«تعنون بضعف الملك: الانفساخ لو فرض تلف، أو شيئًا آخر، إن عنيتم شيئًا آخر فهو ممنوع، وإن عنيتم الأول، فلم قلتم: إنَّ هذا القدر يمنع صحة البيع.

وأما الثاني: فلا يعرف لكون المبيع من ضمانه معنى: سوى أنه لو تلف

---

(١) المغني، ج٤، ص١٢٨، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٦.
(٢) قال الماوردي في «الإقناع» ص٩٣: «ويجوز بيع ما ورثه قبل قبضه، وبيع ما أقرضه أو أعاره قبل استرجاعه».
(٣) فتح العزيز، ج٨، ص٤١٥ ـ ٤١٦.

ينفسخ البيع، ويسقط الثمن، فلم لا يجوز أن يصح البيع؟ ثم لو تلف في يد البائع ينفسخ البيعان، ويسقط الثمنان، ويتبين أنه هلك في يده!»[(١)].

وقد ذكر ابن رجب اختيار ابن عقيل من الحنابلة (رحمهم الله) في منع بيع الأعيان قبل القبض؛ حيث علل لذلك: بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم، فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه، ثم ذكر ابن رجب من علَّل بتوالي الضمانين، وناقش ذلك فقال:

«والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف؛ لأنه لا محذور فيه، كما لو تبايع الشقص المشفوع جماعة، ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاض الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى في رؤوس الشجر، وبإجارة المنافع المستأجرة»[(٢)].

أدلة القول الثالث:

وهو القول بعدم صحة بيع العقار قبل قبضه إن اشتراه مقدرًا بذرع، وإن اشتراه بغير تقدير صحَّ؛ استدلّ أصحابه على أن ما اشتراه مقدرًا بذرع من عقار ونحوه لا يصح بيعه قبل قبضه:

بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «مضت السنة: أن ما أدركته الصفقة[(٣)] حيًّا مجموعًا[(٤)]، فهو من مال المبتاع»، ذكره البخاري من قول ابن عمر رضي الله عنهما تعليقًا[(٥)].

---

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص٤١٦.
(٢) القواعد لابن رجب، ص٧٩.
(٣) الصفقة: أي: العقد، وإسناد الإدراك إلى العقد مجاز، أي: ما كان عند العقد موجودًا وغير منفصل. (فتح الباري، ج٤، ص٣٥٢).
(٤) أي لم يتغير عن حالته. (المصدر السابق نفس الجزء والصفحة).
(٥) ذكره البخاري في كتاب البيوع ـ باب إذا اشترى متاعًا أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، ج٣، ص٩٠ ولفظه: «وقال ابن عمر رضي الله عنهما: ما أدركت الصفقة حيًّا مجموعًا فهو من المبتاع». =

قال الزركشي: احتج به أحمد.

وقول الصحابي: «مضت السنة: ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ، وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع»[(١)].

فهذا الأثر يدل بمنطوقه: أنَّ الحي المجموع المتعين يكون من مال المشتري، ومفهومه أن غير المتعين من مال البائع[(٢)].

المناقشة:

يمكن مناقشة الاستدلال به من وجوه:

الأول: أنه ليس عند أحد ممن رواه جملة: «مضت السنة». وبالتالي فلا

= وقد وصله الطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب البيوع مال خيار البيعين حتى يتفرقا، ج٤، ص١٦، وقال في روايته: فهو من مال المبتاع، ولكن ليس فيه «مجموعًا». والدارقطبي في سننه، كتاب البيوع، ج٣، ص٥٣، رقم ٢١٥ من طرق عن الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبدالله بن عمر، عن أبيه في روايته فهو من مال المبتاع، وكذلك ذكره ابن حزم في المحلى، ج٨، ص٣٧٥.

وأورده ابن أبي حاتم في «العلل»، ج١، ص٣٩٤، برقم ١١٨٢ من طري حاتم بن إسماعيل عن الأوزاعي عن الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ فذكره، وقال: «قال أبي: هذا خطأ، إنما هو الزهري عن حمزة بن عبدالله عن أبيه» اهـ.

وليس في الكتب السابقة جملة: مضت السنة، كما هو ظاهر من ألفاظها المنقولة آنفًا.

وقد نبَّه على هذا أيضًا الألباني في إرواء الغليل، ج٥، ص١٧٣. ونبّه على ذلك أيضًا فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الجبرين في تحقيقه شرح الزركشي، فقال في ج٤، ص٢٠١١: «وليس عند أحد ممن رواه جملة: مضت السنة، ولعل الشارح تبع في ذكرها غيره من الفقهاء، فقد أورده أبو محمد في المغني ٤/ ١٢٢ عن الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبدالله أنه سمع عبدالله بن عمر يقول: مضت السنة.. رواه البخاري من قوله تعليقًا، وقول الصحابي: مضت السنة، يقتضي سنة النبي ﷺ اهـ.

وهكذا تناقله الفقهاء كما في المبدع ٤/ ١١٩، وكشاف القناع ٣: ١٩٩ والروض المربع ٢/ ١٠١ وغيرها كما ذكره الزركشي» اهـ.

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج٤، ص٢٠١١.

(٢) تحقيق الشيخ الدكتور عبدالله بن عبد الرحمن الجبرين لشرح الزركشي، ج٤، ص٢٠١٢.

ينصرف إلى سنة النبي ﷺ، ولم يثبت رفعه كما سبق بيان ذلك قريبًا عند تخريجه، وعليه فهو موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما، فلا يخصص الأحاديث الثابتة عنه عليه السلام المتضمنة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مطلقًا، والتي يفهم منها صحة بيع العقار قبل قبضه.

الثاني: أنه قد اختلف في تفسير هذا الأثر:

فقال الطحاوي: ذهب ابن عمر إلى أن الصفقة إذا أدركت شيئًا حيًّا فهلك بعد ذلك عند البائع فهو من ضمان المشتري، فدلَّ على أنه كان يرى أن البيع يتم بالأقوال قبل الفرقة بالأبدان[(١)].

وقال بعضهم المراد به: المبيع المعين، وفرع عليه أن المبيع إذا كان معينًا دخل في ضمان المشتري بمجرد العقد، ولو لم يقبض، بخلاف ما يكون في الذمة، فإنه لا يكون من ضمان المشتري إلا بعد القبض[(٢)].

وبناء على هذا الاختلاف في تفسير هذا الأثر يبقى الاحتجاج به في هذا الموضع محل نظر.

الوجه الثالث: أن هذا الأثر يشعر بأنه في الحيوان لقوله فيه «حيًّا» يؤيد هذا أن البخاري رحمه الله أورده في باب «إذا اشترى متاعًا أو دابة فوضعه عند البائع، أو مات قبل أن يقبض»، وأورد معه حديث عائشة في قصة الهجرة، وفيه قول أبي بكر رضي الله عنه: «يا رسول الله، إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج، فخذ إحداهما، قال: قد أخذتها بالثمن»[(٣)]. والله تعالى أعلم.

---

(١) شرح معاني الآثار، ج٤، ص١٦، فتح الباري، ج٤، ص٣٥٢، وقد تعقب فيه الطحاوي.

(٢) فتح الباري، ج٤، ص٣٥٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: إذا اشترى متاعًا أو دابة فوضه عند البائع، أو مات قبل أن يقبض، ج٣، ص٩٠.

وأما إذا كان المبيع ليس فيه تقدير بالذرع فإنه يصح بيعه قبل قبضه: فقد استدل له في «شرح منتهى الإرادات»(١) بحديث ابن عمر: كنا نبيع الإبل بالبقيع(٢) بالدراهم فنأخذ عنها الدنانير وبالعكس، فسألنا رسول الله ﷺ، فقال: لا بأس أن تؤخذ السعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء». رواه أحمد وغيره(٣).

ولعلَّ وجه الدلالة من هذا الحديث: أن هذا تصرف في الثمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين، فدلَّ ذلك على جواز التصرف في المبيع قبل قبضه إذا كان المبيع ليس فيه تقدير.

قال: «البغوي»:

«يحتج بحديث.. ابن عمر من يجوّز بيع ما اشتراه قبل القبض سوى الطعام؛ لأنه يجوز بيع الثمن الذي وقع عليه العقد قبل القبض، فكذلك يجوز بيع المثمن إلا ما خصته السنّة وهو الطعام»(٤).

---

(١) ج٢، ص١٨٩.

(٢) البقيع: قال ابن حجر في «تلخيص الحبير»، ج٣، ص٢٦ ما نصه: «البقيع المذكور بالباء الموحدة، كما وقع عند البيهقي في بقيع الغرقد، قال النووي: ولم تكن كثرت إذ ذاك فيه القبور، وقال ابن باطيش: لم أر من ضبطه، والظاهر أنه بالنون».

(٣) أخرجه أحمد في «المسند»، ج٢، ص٨٣، ١٣٩، وأخرجه الترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف، ج٣، ص٥٤٤، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق، ج٣، ص٦٥٠، والنسائي في «سننه»، كتاب البيوع، باب أخذ الورق من الذهب، ج٧، ص٢٨٣، وابن ماجه في «سننه» كتاب: التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق، ج٢، ص٧٦٠، حديث رقم: ٢٢٦٢، والدارقطني في «سننه» كتاب البيوع، ج٣، ص٢٣، حديث رقم: ٨١، والحاكم في «المستدرك»، ج٢، ص٤٤، واختلف في رفعه ووقفه: فقال الترمذي: «لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث سماك»، وكذلك قال البيهقي: مثله. وصححه الحاكم والدارقطني. وضعفه الألباني، ينظر في الحكم على الحديث: نصب الراية، ج٤، ص٣٣، تلخيص الحبير، ج٣، ص٢٥، الهداية في تخريج أحاديث البداية، ج٧، ص٣٨٦، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ج٢، ص٢٣٣، إرواء الغليل، ج٥، ص١٧٣.

(٤) شرح السنّة، ج٨، ص١١٣.

قلت: والذي ظهر لي مما نقله ابن قدامه في «المغني» أن الإمام أحمد رحمه الله يرى: أن النهي عن بيع المبيع قبل قبضه خاص بالطعام سواء كان مكيلًا أو موزونًا أو لم يكن، وأن ما عداه يجوز بيعه قبل قبضه؛ حيث قال رحمه الله: «ونقل عن الإمام أحمد: أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء كان مكيلًا أو موزونًا، أو لم يكن، وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه، فإن الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه.

وقال الأثرم: سألت أبا عبدالله عن قوله: «نهى عن ربح ما لم يضمن»، قال: هذا في الطعام، وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبيعه حتى يقبضه.

قال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل: أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام.

وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه» فمفهومه: إباحة بيع ما سواه قبل قبضه»[(١)]، ثم ذكر جملة من الأحاديث التي وردت في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ثم قال:

«قال ابن المنذر: أجمع أهلُ العلم على أن من اشترى طعامًا فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه.

ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيصه على البيع مجازفة بالمنع... ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك»[(٢)].

---

(١) المغني، ج٤، ص١٢٢.
(٢) المغني، ج٤، ص١٢٢.

ثم تحدّث رحمه الله عن قول الخرقي: «ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه» فقال: قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه، وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز لبيعه حتى يقبضه لقول النبي ﷺ: «من ابتاع طعامًا فلا يبيعه حتى يستوفيه». متفق عليه... وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين»[(١)].

ثم استدلَّ لهذه الرواية الظاهرة عنده فقال: ولنا:

ما روى ابن عمر قال: «كنا نبيع بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم. فسألنا النبي ﷺ عن ذلك؟ فقال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»[(٢)].

وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين.

وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب[(٣)] ـ يعني لعمر ـ فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه» فقال: هو لك يا رسول الله، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ما شئت»[(٤)].

وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه.

واشترى من جابر جمله، ونقده ثمنه، ثم وهبه إياه قبل قبضه[(٥)]. ولأنه

---

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص١٢٦.
(٢) سبق تخريجه في أدلة القول الثالث، ص٣٣٦.
(٣) على بكر: قال ابن حجر في فتح الباري، ج٤، ص٣٣٧ هو: ولد الناقة أول ما يركب، قوله: «صعب»، أي: نفور.
(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: من اشترى شيئًا فهو به من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري، ج٣، ص٨٥، وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»، ج٦، ص١٧٠.
(٥) سوف يأتي تخريجه في الاستثناء في بيع العقار، ص٤٩٥.

أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه، كالمنافع في الإجارة، فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع»[(١)].

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته يترجح ـ والله تعالى أعلم ـ أنه يصح بيع العقار قبل قبضه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدلَّ به لهذا القول؛ حيث سلم بعضها من المناقشة، وما أورد على بعضها قد أجيب عنه.

السبب الثاني: أن ما استدل به على منع بيع العقار قبل قبضه، يظهر لي أنها لا تشمله كما سبق إيضاح ذلك عند مناقشتها.

السبب الثالث: أن أكثر الأدلة صراحة وصحة التي وردت في المنع من بيع المبيع قبل قبضه: هي في الطعام خاصة، وهي تدل بمفهومها على صحة بيع غيره قبل القبض، ومن ذلك العقار.

السبب الرابع: أن هذا قول جماهير الفقهاء على ما فهمته من أقوالهم، كما سبق بيان ذلك عند ذكر الأقوال في هذه المسألة.

يؤيد هذا ما ذكره أحد علماء الحنابلة في أثناء بيانه أجود الروايات عن الإمام أحمد حيث قال:

«أجود الروايات: رواية أن المفتقر إلى قبض هو الطعام، لغلبة أدلتها، وصحتها، وعمل أكثر أهل العلم عليها، وما روي عن ابن عمر لا يقاومها، بل ولا يقاربها»[(٢)].

---

(١) المغني، ج٤، ص١٢٧ ـ ١٢٨.
(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج٤، ص٢٠١٨، حاشية رقم ٤.

السبب الخامس: «أن ما لا ينفسخ العقد بهلاكه، يجوز التصرف فيه قبل القبض، كعوض الخلع، والعتق على مال، وبدل الصلح عن دم العمد، وأرش الجناية، وقيمة المتلف؛ لأن المقتضي للتصرف: الملك، وقد وجد، لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزًا من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع، فجاز العقد عليه»[(١)].

وبناء على هذا يصح العقد على العقار قبل قبضه؛ لأنه لا يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاكه، لندرة هلاك العقار.

السبب السادس: أن هذا فيه تيسير وتسهيل على الناس في معاملاتهم ولا محذور فيه؛ لأنه لا يتوهم فيه الغرر، وهذا يتمشى مع القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة في التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم.

والله تعالى أعلم...

---

(١) المغني، ج٤، ص١٢٨، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٠٦.

الفصل الخامس

ما يتبع العقار
في البيع وما لا يتبعه

ما يتبع العقار في البيع وما لا يتبعه

هذا الفصل معقود لبيان ما يدخل في بيع العقار من غير ذكره صريحًا في العقد، وما لا يدخل فيه، ومسائل هذا الفصل كثيرة، وهي مبنية في الجملة على ثلاث قواعد:

القاعدة الأولى:

كل ما يتناوله اسم المبيع عُرفًا يدخل في المبيع بدون ذكره تبعًا.

القاعدة الثانية:

كل ما كان متصلًا بالمبيع اتصال قرار ـ وهو ما وضع لا لأن يفصله الإنسان ـ سواء أكان اتصاله خلقيًا أم صناعيًا، فإنه يدخل في المبيع بدون ذكره تبعًا.

القاعدة الثالثة:

ما لم يكن من القسمين السابقين إن كان من حقوق المبيع، ومرافقه، يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا[1].

---

(١) الدر المختار، ج٤، ص٥٤٧، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٤، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٧، المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم بك، ص١٣٣، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ص٣٢٤.

وهذه القواعد يتفرع عليها كثير من مسائل هذا الفصل، وبيان ذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: ما يدخل في بيع الدار ونحوها.

المبحث الثاني: ما يدخل في بيع الأرض.

المبحث الثالث: ما يدخل في بيع البستان والقرية.

المبحث الرابع: دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر.



المبحث الأول

ما يدخل في بيع الدار ونحوها

من باع دارًا تناول البيع: أرضها، وبناءها، وما يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم، والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة، ونحو ذلك، وفيما يدخل في بيعها تفريعات كثيرة في المذاهب أوردها على النحو التالي:

المذهب الحنفي:

قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

«إن كان المبيع.. دارًا يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت، ومنزل وعلو، وسفل، وجميع ما تجمعه الحدود الأربعة من غير ذكر قرينة، وتدخل أغاليق الدار، ومفاتيح أغاليقها، أما الأغاليق: فلأنها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم، فتدخل كالميزاب.

وأما المفاتيح فلأن مفتاح الغلق من الغلق ألا ترى أنه لو اشترى الغلق، دخل المفتاح فيه من غير تسمية، فيدخل في البيع بدخول الغلق.

ويدخل طريقها إلى طريق العامة، وطريقها إلى سكة غير نافذة كما يدخل في الأرض والكرم.

ويدخل الكنيف والشارع[(١)]، والجناح، كل ذلك يدخل من غير قرينة.

وهل تدخل الظلة[(٢)]:

ينظر: إن لم يكن مفتاحها إلى الدار لا تدخل بالاتفاق.

وإن كان مفتاحها إلى الدار لا تدخل أيضًا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تدخل.

وجه قولهما: أن الظلة إذا كانت مفتاحها إلى الدار كانت من أجزاء الدار، فتدخل ببيع الدار كالجناح والكنيف.

ولأبي حنيفة: أن ظلة الدار خارجة عن حدودها، فإنها اسم لما يظل عند باب الدار خارجًا منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج، وبهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث.

وأما ما كان لها من بستان فينظر:

إن كان داخل حدِّ الدار يدخل، وإن كان يلي الدار لا يدخل من غير تسمية.

---

(١) قال في فتح القدير، ج٥، ص٣٠٢: يدخل الكنيف الشارع، والكنيف: هو المستراح اهـ. فذكر الكنيف الشارع بدون الواو. وورد تفسير الكنيف بالمسراح في العناية، ج٥، ص٣٠٢، والبحر الرائق، ج٦، ص١٤٩، وقال فيه: الكنيف: المستراح أطلقه فشمل ما إذا كان الكنيف خارجًا مبنيًّا على الظلة؛ لأنه يعد منها عادة. وفي جامع الرموز، ج٢، ص٣٦: الكنيف: أي المستراح ولو في الشارع.

(٢) الظلة: «هو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى، أو على اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة». قال ابن الهمام في فتح القدير، ج٥، ص٣٠٢:

«وفي المغرب: قول الفقهاء ظلة الدار: «يريدون السدة التي تكون فوق الباب» اهـ نقلًا عن البحر الرائق، ج٦، ص١٤٩، والعناية، ج٥، ص٣٠٢.

وقال بعضهم: إن كانت الدار صغيرة يدخل، وإن كانت كبيرة لا يدخل؛ لأنها إذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعًا للدار، وإذا كانت كبيرة لا يمكن.

وقال بعضهم: يحكم الثمن، فإن صلح لهما يدخل، وإلا فلا يدخل.

وأما مسيل الماء، والطريق الخاص في ملك إنسان، وحق إلقاء الثلج، فإن ذكر الحقوق والمرافق يدخل، وكذا إن ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها.

وإذا كان المبيع بيتًا فيدخل في بيعه حوائطه وسقفه وبابه، والطريق العامة، والطريق إلى سكة غير نافذة، من غير قرينة، وأما الطريق الخاص في ملك إنسان فلا يدخل إلا بذكر القرائن الثلاث.

ولا يدخل بيت العلو إن كان على علوه بيت، وإن ذكر القرائن؛ لأن العلو بيت مثله فكان أصلًا بنفسه فلا يكون تبعًا له، وإن لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه.

وإن كان البيت في داره فباعه من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار إلا بذكر الحقوق، ثم إن كان البيت يلي الطريق الأعظم يفتح له بابًا إليه، وإن كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع، وله أن يستأجر الطريق إليه، أو يستعير من صاحب الدار...

ويجوز بيع بيت العلو دون السفل إذا كان على العلو بناء، وإن لم يكن عليه بناء لا يجوز؛ لأنه بيع الهواء على الانفراد وأنه لا يجوز، ثم إذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل الطريق إلا بذكر الحقوق.

ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيًّا أو غير مبنيٍّ؛ لأنه بيع الساحة، وذلك جائز وإن لم يكن عليه بناء.

وإن كان المبيع منزلًا يدخل في بيعه بيت السفل، ولا يدخل بيت العلو،

ولا الطريق الخاص إلا بذكر الحقوق أو المرافق، أو بذكر القليل والكثير؛ لأن المنزل أعمُّ من البيت، وأخصُّ من الدار، فكان بين الدار والبيت، فيعطى له حكمٌ بين حكمين، فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتبارًا للخصوص، ويدخل فيه بقرينة اعتبارًا للعموم عملًا بالجهتين بقدر الإمكان[(١)].

ويلاحظ أن قول الحنفية: أن العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق هو له، وبشراء منزل لا يدخل إلا بكل حق هو له، ويدخل في الدار مطلقًا، قال عنه في «البحر الرائق»[(٢)] نقلًا عن الكافي:

إن هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة، وفي عرفنا يدخل العلو في الكل، سواء باع باسم البيت، أو المنزل، أو الدار، والأحكام تبتنى على العرف، فيعتبر في كل إقليم، وفي كل عصر عرف أهله.

المذهب المالكي:

قال القرافي رحمه الله:

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٥ ـ ١٦٦، وانظر في ذلك المراجع الآتية: فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٣٤، مختصر القدوري، ج١، ص٢٣٤، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٨٠، الهداية، ج٥، ص٩٧، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج٢، ص٦، تبيين الحقائق، ج٤، ص٩، فتح القدير، ج٥، ص٩٧، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٧، كشف الحقائق، ج٢، ص٥، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٧، الدرر الحكام، ج٢، ص١٤٩، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٤، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢٨، جامع الرموز، ج٢، ص٣٦، المعاملات في الشرعية الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ص٣٢٤، المعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم بك، ص١٣٣، وانظر بعض مسائل هذا المبحث في باب الحقوق في كتب الحنفية.

(٢) ج٦، ص١٤٨، وانظر في ذلك أيضًا: الهداية ج٥، ص٣٠٢، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج٢، ص١٣٠، ١٣٤، مجمع الأنهر، ج٢، ص٩١، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢٩.

«عندنا يندرج في لفظ الدار الخشب المسمر، والسلم المستقل.. وإذا باع البناء يندرج فيه الأرض كما اندرج في لفظ الدار الثوابت، ومرافق البناء كالأبواب والرفوف والسلم المثبت دون المنقولات»[(١)].

وقال أحمد الدردير:

«وتناولت الدار المبيعة.. الثابت فيها بالفعل حين العقد لا غيره وإن كان شأنه الثبوت، كباب ورفٍّ غير مخلوعين، لا مخلوعين أو مهيأين لدار جديدة قبل التركيب، ولا ما ينقل من دلو، وبكرة، وصخر، وتراب معد لإصلاحها فللبائع إلا لشرط.

وتناولت الدار رحًا مبنية بفوقانيها؛ إذ لا يتم الانتفاع إلا بها، خلافًا لمن قال: إنما تتناول السفلى فقط.. وسلمًا سمر.. وفي تناول السلم غير المسمر قولان»[(٢)].

وقال الدسوقي رحمه الله:

«لا يدخل في العقد على الدار حانوت بجوارها؛ حيث كان لم تتناوله حدودها، وحد المبيع سواء كان دارًا أو أرضًا منه إذا كان ملكًا للبائع، فإذا قيل: حدها الشرقي شجرة كذا، دخلت الشجرة إن لم يصرح بضده، وإذا قيل: حدها القبلي دار فلان، فلا تدخل تلك الدار»[(٣)].

---

(١) الفروق، ج٣، ص٢٨٤.

(٢) الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج٣، ص١٧٤.
وأما القولان، «فقال ابن زريب وابن العطار: إنه للمشتري، وقال ابن عتاب: إنه للبائع ولا يتناوله العقد إلا بشرط»، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧٤، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٦.

(٣) حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧٤.

المذهب الشافعي:

قال الرافعي رحمه الله:

«إذا قال: بعتك هذه الدار، دخل في المبيع: الأرض، والأبنية على تنوعها حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها، وحكى عن نصه أن الحمام لا يدخل، وحملوه على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل.

ولو كان في وسطها أشجار ففي دخولها ما سبق في دخولها تحت الأرض[(١)].

ونقل الإمام[(٢)] في دخولها ثلاثة أوجه:

ثالثها: الفرق بين أن يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستانًا فلا يدخل في لفظ الدار، وبين أن لا تكون كذلك، فتدخل.

وأما الآلات في الدار فهي ثلاثة أنواع:

أحدها: المنقولات كالدلو، والبكرة، والرشا، والمجارف، والسرر، والرفوف الموضوعة على الأوتاد، والسلاليم التي لم تسمَّر ولم تطين، والأقفال والكنوز، والدفاين فلا يدخل شيء منها في البيع، نعم في مفتاح المغلاق المثبت وجهان:

أحدهما: أنه كسائر المنقولات.

---

(١) ذكر ـ رحمه الله ـ فيما يدخل في بيع الأرض إذا أطلق: أن الإمام الشافعي قد نصَّ على أن الشجر يدخل في بيع الأرض ولا يدخل في رهن الأرض، وقد اختلف أصحابه في ذلك، ولهم فيها طرق:

أحدها: أن فيهما قولين بالنقل والتخريج.

والثاني: تقرير النصين والفرق بين البيع والرهن.

والثالث: ويحكى عن ابن سريج القطع بعدم الدخول في البيع والرهن جميعًا، انظر ج٩، ص١٨، من فتح العزيز.

(٢) المقصود بالإمام هو إمام الحرمين.

وأصحهما:.. أنه يدخل؛ لأنه من توابع المغلاق المثبت. وفي ألواح الدكاكين مثل هذين الوجهين؛ لأنهما أبواب لها وإن كانت تنقل، وترد في الفوقاني من حجر الرحى مثل هذين الوجهين إن أدخلنا التحتاني، والأصح الدخول.

والثاني: ما أثبت تتمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقوف والأبواب المنصوبة، وما عليها من المغاليق والحلق والسلاسل والضباب تدخل في البيع فإنها معدودة من أجزاء الدار.

الثالث: ما أثبت على غير هذا الوجه، كالرفوف، والدنان، والأجانات[1] المثبتة، والسلاليم المسمرة، والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران، والتحتاني من حجر الرحى، وخشب القصار، ومعجن الخباز ففي جميع ذلك وجهان:

أصحهما: أنها تدخل لثباتها واتصالها.

والثاني: «لا تدخل؛ لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كي لا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال»[2].

ثم ذكر الشافعية بعد ذلك فروعًا أخرى:

أحدها: «إذا كان في الدار المبيعة بئر ماء دخلت في المبيع، والماء الحاصل في البئر لا يدخل، أما إذا لم نجعله مملوكًا فظاهر، وأما إذا جعلناه مملوكًا، فلأنه نماء ظاهر فأشبه الثمار المؤبرة، وفي وجه يدخل، كالثمرة التي لم تؤبر؛ لأنه العرف فيه.

---

(١) في تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٨ قال: الإجاجين بجيمين وهي: الأواني التي تغسل فيها الثياب، وقال ابن معن: وتسمى المراحيض، والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصبغ أو الدبغ أو العجن. وفي مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، الإجانات المثبتة، وهي بكسر الهمزة وتشديد الجيم: ما يغسل فيها.

(٢) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج٩، ص٣٢ ـ ٣٣.

وإن شرط دخوله في البيع صحَّ على قولنا: إن الماء مملوك بل لا يصح البيع دون هذا الشرط، وإلا، اختلط الماء الموجود للبائع بماء يحدث للمشتري، وانفسخ البيع»[١].

الثاني: باع دارًا في طريق غير نافذ، دخل حريمها في البيع، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم، بل لا حريم لمثل هذه الدار[٢].

الثالث: «إذا كان في الدار معدن ظاهر كالنفط، والملح، والغاز، والكبريت، فهو كالماء، وإن كان باطنًا كالذهب والفضة دخل في البيع إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن ذهب بالذهب، بسبب الربا، وفي بيعه بالفضة قولان، للجمع بين الصرف، والبيع في صفقة واحدة»[٣].

الرابع: لو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل في العقد، وإن قال بحقوقها؛ لأن اسم الحقوق لا يطلق على البستان المتصل بالدار، قاله القاضي حسين»[٤].

الخامس: إذا اتصل بالدار حجرة، أو ساحة، أو رحبة:

قال الماوردي، وابن أبي عصرون، لم يدخل في البيع لخروج ذلك عن حدود الدار التي لا تمتاز الدار عن غيرها إلا بها، ولا يصح العقد إلا بذكرها، وهي أربعة حدود في الغالب، فإن استوفى ذكرها صحَّ البيع، وإن ذكر حدًا أو حدين لم يصح، وإن ذكر ثلاثة فإن كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل، وإن تميزت فالصحيح الصحة، وفيه وجه أنه باطل»[٥].

---

(١) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج٩، ص٣٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٥.
(٢) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج٩، ص٣٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٦.
(٣) فتح العزيز في شرح الوجيز، ج٩، ص٣٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٥.
(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٧٣.
(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٧٤ ـ ٢٧٥.

قال السبكي رحمه الله:

«وفي اشتراط ذكر الحدود إذا كانت الدار معلومة نظر، والذي ينبغي الصحة إذا ذكر ما يميزها ويمنعها من التباسها بغيرها، وعلى ذلك ينبغي أن تتبعها: الحجرة، والساحة، والرحبة المتصلة بها، لاقتضاء العرف ذلك، وأما إذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال الماوردي».

السادس: حكى الماوردي أنه «إذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يدخل كالجناح.

والثاني: لا يدخل إلا بشرط كالحجرة والساحة.

والثالث: وهو تخريج أبي الفياض: إن كان كل واحد من طرفي الساباط مطروحًا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل.

قال ابن عصرون، وهو أصحها....

وإذا باع دارًا على بابها ظلة مثبتة على جدارها، دخل في مطلق بيع الدار؛ لأنها جزء من الدار، وإذا دخل الميزاب فيه فهذه أولى»[1].

المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة رحمه الله:

«وإن باع دارًا بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها، وما هو متصل بها،

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٧٥، وانظر في هذا المبحث كتب الشافعية الآتية: الإقناع في الفقه الشافعي، ص٩٣، المهذب، ج١، ص٢٨٥، الوجيز، ج١، ص١٤٨، رحمة الأمة، ص١٣٦، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٧.

مما هو من مصلحتها، كالأبواب المنصوبة، والخوابي المدفونة، والرفوف المسمرة، والأوتاد المغروزة، والحجر من الرحى، وأشباه ذلك.

ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها، كالكنز والأحجار المدفونة؛ لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها، فأشبه الفرش والستور، ولا ما كان منفصلًا عنها يختص بمصلحتها، كالفرش، والستور، والطعام، والرفوف الموضوعة على الأوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط، والدلو، والبكرة، والقفل، وحجر الرحى إذا لم يكن واحد منهما منصوبًا، والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه؛ لأنه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها، فأشبه الثياب.

وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها، كالمفتاح والحجر الفوقاني من الرحى إذا كان السفلاني منصوبًا فيحتمل وجهين:

أحدهما: يدخل في البيع؛ لأنه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها.

والثاني: لا يدخل، لأنه منفصل عنها، فأشبه السفلاني إذا لم يكن منصوبًا، والقفل، والدلو، ونحوهما»[(١)].

وقال منصور البهوتي رحمه الله في «كشاف القناع»[(٢)]:

«إذا باع دارًا تناول البيع أرضها.. بمعدنها الجامد؛ لأنه كأجزائها، وتناول البيع بناءها، وسقفها، ودرجها؛ لأن ذلك داخل في مسماها.

وتناول البيع أيضًا فناءها إن كان فناء، لأن غالب الدور ليس لها ذلك.

والفناء بكسر الفاء: ما اتسع أمام الدار.

وتناول البيع ما اتصل بها.. لمصلحتها كسلاليم مسمرة... ورفوف

---

(١) المغني، ج٤، ص٨٨.

(٢) ج٣، ص٢٧٤ ـ ٢٧٥.

مسمرة، وأبواب منصوبة، وحلقها، وخوابي مدفونة للانتفاع بها، وأجرنة مبنية، وحجر رحى سفلاني منصوبة، لأنه متصل بها لمصلحتها أشبه الحيطان...

ولا يتناول البيع ما كان مودعًا فيها أي في الدار من كنز مدفون؛ لأنه من أجزائها.

ولا يتناول البيع منفصلًا عنها كحبل، ودلو، وبكرة، وقفل، وفرش، ورفوف موضوعة على الأوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط لعدم اتصالها، فإن كانت مسمرة أو مغروزة في الحائط دخلت. وكذا رحى غير منصوبة، وخوابي موضوعة من غير أن يطين عليها فلا يتناولها البيع.. ولو كان من مصلحة المتصل بها، كمفتاح وحجر رحى فوقاني إذا كان السفلاني منصوبًا، لأن اللفظ لا يتناوله، ولا هو متصل بها.

ولا يدخل في بيع دار وأرض معدن جار، وماء نبع في بئر أو عين، لا نفس البئر وأرض العين، ونحوه مما يتصل بها، فإنه لمالك الأرض وينتقل لانتقالها ولاتصاله بها».

وقد ذكر الشيخ أحمد بن عبد الرحمن بن محمد القاسم فروعًا في بيع العقار تمس الحاجة إلى معرفتها فقال: «إذا باع المسلم بيته الذي يملكه بالشراء أو الإحياء، أو الإرث أو غير ذلك مما يثبت تملكه الشرعي بصك أو غيره على شخص.. شمل البيع أرضه، وبناءه، وما فيه من النخل، والشجر، والمنافع، كالماء، والكهرباء، والهاتف، والبيارة، والمراوح الثابتة فيه، دون المنقول، كالأثاث، والدواليب المتحركة، والثلاجة، والحيوان، ونحو ذلك فهو للبائع إلا أن يشترطه المشتري.

وإن باعه دكانًا، أو معرضًا، أو مستودعًا، شمل أرضه، وبناءه،

والمثبت فيه من الإنارة، وآلة التبريد، وتركيبة البضاعة الثابتة، ونحو ذلك، دون المنقول فلا»[(١)].

المذهب الظاهري:

قال ابن حزم رحمه الله:

«كل من اشترى دارًا فبناؤها كله له، وكل ما ركب فيها من باب، أو درج، أو غير ذلك... ولا يكون له ما كان موضوعًا فيها غير مبني، كأبواب، وسلم، ودرج، وآجر، ورخام، وخشب، وغير ذلك»[(٢)].

هذه هي مذاهب الفقهاء في الأشياء التي تدخل في بيع الدار ونحوها يتلخص منها أن من باع دارًا دخل في بيعها: أرضها، وبنائها، وما يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم والرفوف المسمرة، والأبواب المنصوبة، والأوتاد المثبتة في الجدران، وحجر الرحى التحتاني إذا كان مثبتًا، ويتناول البيع ما فيها من النخل، والشجر، والمنافع، كالماء، والكهرباء، والهاتف، والبيارة، والمراوح الثابتة فيها.

كما يتناول البيع ـ على الراجح ـ ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها، كالمفتاح والحجر الفوقاني من الرحى إذا كان السفلاني منصوبًا،

---

(١) العمدة في فقه الشريعة الإسلامية، ص١١٠، وينظر في هذا المبحث المراجع الآتية في المذهب الحنبلي: المقنع، ج٢، ص٧٨، الكافي، ج٢، ص٧٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٠، الفروع، ج٤، ص٦٨، الإنصاف، ج٥، ص٥٤، التنقيح المشبع، ص١٣٦، المبدع، ج٤، ص١٥٨، الإقناع، ج٢، ص١٢٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٦، الروض المربع، ج٤، ص٥٣١، كشف المخدرات، ص٢٣٩، منار السبيل، ج١، ص٣٣٤.

(٢) المحلى، ج٩، ٧٥٠.

ويدخل في بيع الدار، والساحة، والرحبة، والظلة، المتصلة بها، لاقتضاء العرف ذلك إلا إذا ذكر الحدود وخرجت هذه الأمور عن الحدود فلا تدخل.

وما كان لها من بستان فإن كان داخل حد الدار دخل في البيع، وإن كان وراء الدار متصل بها فلا يدخل من غير تسمية على المختار.

وأما المنقولات، كالأثاث، والدواليب المتحركة، والثلاجة، والحيوان، ونحو ذلك فلا تدخل في البيع عند الإطلاق.

ولا فرق في ذلك بين أن يبيع بلفظ الدار، أو البيت، أو المنزل.

والله تعالى أعلم...



المبحث الثاني

ما يدخل في بيع الأرض

وفيه مطالب:

المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض.

المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض.

المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض.

المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر.

المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في بيع الأرض.

المطلب السادس: حكم دخول الحجارة في بيع الأرض.

المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض.

***

المطلب الأول: حكم دخول البناء والشجر في بيع الأرض:

إذا قال: بعتك هذه الأرضَ، وكان فيها أبنية وأشجار، نظر: إن قال دون ما فيها من الشجر والبناء، لم تدخل الأشجار والأبنية في البيع.

وإن قال: بعتكها بما فيها دخلت الأبنية والأشجار.

وإن قال: بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك(١).

وإن لم يقل بحقوقها، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن البناء والشجر يدخلان في البيع، وبه قال الحنفية(٢)، والمالكية(٣)، والظاهرية(٤)، وهو قول في مذهب الشافعية

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٣، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج٩، ص١٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٦، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٤٨.
وقد أشارت كتب الشافعية إلى أن إمام الحرمين قد ذكر وجهًا: أنه إذا قال: بعتكها بحقوقها لا تدخل.
قال الرافعي في فتح العزيز، ج٩، ص١٨: «وكذا لو قال: بعتكها بحقوقها على المشهور، وحكى الإمام وجهًا: أنها لا تدخل».
وقال السبكي في تكملة المجموع، ج١١، ص٢٤٨: وإن قال بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور، وصرَّح الشيخ أبو حامد بنفي الخلاف فيه، وكذلك يقتضيه إيراد أكثر الأصحاب لكن الإمام حكى أن من أئمتنا من قال: لا يدخل محتجًّا بما قاله القاضي حسين قبله على سبيل الإشكال: إن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجاري الماء وما أشبههما، ورأى الإمام أن هذا أقيس، وهو كما رأى إلا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو بدخولها تحت اسم الحقوق، وهو بعيد».

(٢) مختصر الطحاوي، ص٧٩، مختصر القدوري، ج٢، ص٩، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٤٤، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، الهداية، ج٥، ص٩٨، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج٢، ص٦، فتح القدير، ج٥، ص٩٨، تبيين الحقائق، ج٤، ص٩، البحر الرائق، ج٥، ص٣١٨، جامع الرموز، ج٢، ص٣٦، الدر المختار، ج٤، ص٥٥٠.

(٣) مختصر خليل، ج٥، ص٢٨١، الفروق، ج٣٣، ص٢٨٣، تهذيب الفروق، ج٣، ص٢٨٨، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١١، الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٠، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٩٥، وبهامشه التاج والإكليل نفس الجزء والصفحة، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨٠، جواهر الإكليل، ج٢، ص٥٩، سراج السالك، ج٢، ص١٣٦.

(٤) المحلى، ج٩، ٧٥٠، تكملة المجموع، ج١١، ص٢٤٩.

نصَّ عليه الشافعي(١)، وبه قال الحنابلة في أحد الوجهين(٢)، قال في الإنصاف:

«وهو المذهب»(٣).

وقد ذكر الحنفية تفصيلًا في الشجر، فقال قاضيخان:

«رجل اشترى أرضًا ولم يذكر شيئًا دخل الأشجار المثمرة في البيع. واختلفوا في غير المثمرة، والصحيح أنها تدخل.

ولو باع أرضًا فيها أشجار صغار تحول في فصل الربيع وتباع، فإن كانت تقلع من أصلها تدخل في البيع وتكون للمشتري، وإن كانت تقلع من وجه الأرض لا تدخل في البيع من غير شرط»(٤)، كما قيد المالكية قولهم بأنه إذا وجد شرط أو عرف بغير ذلك فإنه يعمل به.

قال أحمد الدردير:

---

(١) الإقناع في فقه الشافعية، ص٩٣، التنبيه، ص٩٢، المهذب، ج١، ص٢٨٥، الوجيز، ج١، ص١٤٨، فتح العزيز، ج٩، ص١٨، المنهاج، ج٢، ص٨٠، نهاية المحتاج، ج٤، ص١١٦. ويلاحظ أن الإمام الشافعي ﷺ قد قال في البيع: يدخل، وقال في الرهن: لا يدخل، واختلف أصحابه فيه على ثلاث طرق:
فمنهم من قال: لا يدخل في الجميع.
ومنهم من نقل جوابه في الرهن إلى البيع، وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين:
أحدهما: لا يدخل في الجميع، والثاني يدخل.
ومنهم من قال في البيع: يدخل، وفي الرهن لا يدخل. راجع المهذب، ج١، ص٢٨٥، فتح العزيز، ج٩، ص١٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧.

(٢) المقنع، ج٢، ص٧٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٤، ص٨٦، الفروع، ج٤، ص٦٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، الإنصاف، ج٥، ص٥٦، المبدع، ج٤، ص١٥٩.

(٣) الإنصاف، ج٥، ص٥٦.

(٤) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٤٤.

اشترى أرضًا وفيها بناء أو شجر لم يذكرا حين شراء أرضهما دخلا في بيع الأرض إلا لشرط أو عرف فيعمل به»[(١)].

القول الثاني: أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع، وهو قول في مذهب الشافعية[(٢)]، وأحد الوجهين عند الحنابلة[(٣)].

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل أصحابه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما ذكره ابن حزم من دعوى الإجماع على ذلك؛ حيث قال:

«ومن اشترى أرضًا فهي له بكل ما فيها من بناء قائم، أو شجر نابت».

وكذلك كل من اشترى دارًا فبناؤها كله له.. وهذا إجماع متيقن، وما زال الناس يتبايعون الدور والأرضين من عهد رسول الله ﷺ هكذا لا يخلو يوم من أن يقع فيه بيع دار أو أرض هكذا.. ولا يكون له الزرع الذي يقلع ولا ينبت، بل هو لبائعه»[(٤)].

المناقشة:

ناقش السبكي رحمه الله ابن حزم رحمه الله في دعوى الإجماع في هذه المسألة فقال:

---

(١) الشرح الصغير، ج٢، ص٥١١ ـ ٥١٢.
(٢) المهذب، ج١، ص٢٨٥، فتح العزيز، ج٩، ص١٨، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧، تكملة المجموع للسبكي، ج١١، ص٣٤٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٨١.
(٣) المقنع، ج٢، ص٧٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٤، ص٨٦، الفروع، ج٤، ص٦٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، الإنصاف، ج٥، ص٥٦، المبدع، ج٤، ص١٥٩.
(٤) المحلى، ج٩، ٧٥٠.

«وقد رأيت ابن حزم الظاهري ادعى الإجماع في كتابه «المحلى» على أن من اشترى أرضًا فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت، وهذه دعوى منكرة، وهي بإطلاقها تشمل ما إذا قال بحقوقها، ولما إذا لم يقل، بل هي ظاهرة في الثاني، والخلاف مشهور في المذهب»[(١)].

قلت: والخلاف مشهور في مذهب الحنابلة أيضًا فما ذكره ابن حزم من الإجماع في هذه المسألة لا يسلم له.

الدليل الثاني: أنهما من حقوق الأرض، ولذلك يدخلان إذا قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخل فيها بالإطلاق قياسًا على طرقها ومنافعها[(٢)].

الدليل الثالث: أن البناء والشجر للدوام والثبات في الأرض فأشبهت أجزاء الأرض[(٣)]، وأجزاء الأرض تدخل عند الإطلاق فكذلك هذه[(٤)]، ولهذا يلحقان بها في الأخذ بالشفعة[(٥)].

أدلة القول الثاني:

استدل على أن البناء والشجر لا يدخلان في بيع الأرض عند الإطلاق بالأدلة الآتية:

---

(١) تكملة السبكي، ج١١، ص٢٤٩.
(٢) المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢.
(٣) فتح العزيز، ج٩، ص١٨، المهذب، ج١، ص٢٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٥١، مغني المحتاج، ج٢، ص٨١، نهاية المحتاج، ج٤، ص١١٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢.
(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٥١.
(٥) فتح العزيز، ج٩، ص١٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٨١، نهاية المحتاج، ج٤، ص١١٧.

الدليل الأول: أنهما ليسا من حقوق الأرض، فلا يدخلان في بيعها كالثمرة المؤبرة(١).

المناقشة:

نوقش بالفرق بين البناء والشجر، والثمرة المؤبرة، وذلك أن البناء والشجر يراد للدوام والثبات في الأرض بخلاف الثمرة المؤبرة، فإنها تراد للنقل فافترقا فلا يصح القياس(٢).

الدليل الثاني: أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع؛ لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء(٣)، ولا دليل على تبعيتها لها من لغة ولا عُرف، فلا وجه للدخول(٤).

المناقشة:

يمكن مناقشته بما ذكره الخرشي من «أن العقد على الأرض يتناول البناء والشجر اللذين فيها بحكم العُرف والعادة لا بحسب اللغة»(٥).

كما يمكن مناقشته بما ذكره ابن الرفعة من دخول البناء والشجر في لفظ الأرض؛ حيث قال:

«إن لفظ الأرض يشمل الأس والمغرس، فلو بقي البناء والشجر للبائع لخلا الأس والمغرس عن المنفعة، وتكون منفعتها مستثناة لا إلى غاية معلومة، فإنه لا يمكن قلعُ البناء والشجر؛ لأنه محترم يراد للبقاء، ولا تبقيته

---

(١) المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢.
(٢) المصدران السابقان نفس الجزء والصفحة.
(٣) المهذب، ج١، ص٢٨٥، فتح العزيز، ج٩، ص١٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٨١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢.
(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٤٩.
(٥) مواهب الجليل، ج٤، ص٤٩٥.

بأجرة؛ لأنه حين أحدثه أحدثه في ملكه، فإذا كان الأس والمغرس بهذه المثابة، لا يصح بيعه مفردًا باتفاق فوجب إذا ضم إلى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل في الجميع للجهالة بالثمن، فلما أفضى محذور الإخراج إلى هذا، حكم بالاندراج حرصًا على تصحيح العقد كما أدرج الحمل في البيع، وإن لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلبًا للتصحيح وحذرًا من الإبطال، بل للحمل غاية تنتظر ومع ذلك أدرج، ولا غاية ههنا تنتظر»[(١)].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ دخول البناء والشجر في بيع الأرض عند الإطلاق، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول؛ حيث قد سلم بعضها منها من المناقشة مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: ضعف أدلة القول الثاني كما سبق بيان ذلك في أثناء مناقشتها، فلا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

السبب الثالث: أن ممَّا يرجح دخول البناء والشجر في بيع الأرض عند الإطلاق: أن الثمار إذا لم تؤبر تدخل في بيع الشجر بمفهوم قوله ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فقد دلَّ هذا المفهوم على أن الثمرة غير المؤبرة تابعة للشجرة، وليست باقية على الشجرة دائمًا، فاستتباع الأرض للشجر والبناء وهما باقيان فيها دائمًا أولى وأحرى.

السبب الرابع: أنَّ الأرض تطلق كثيرًا ويراد بها الأرض مع ما فيها كما دلَّ على ذلك قول عمر رضي الله عنه للنبي ﷺ: إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٥٤ ـ ٢٥٥.

مالًا قط أنفس عندي منه»[١] الحديث، وليس مراده الأرض وحدها بل الأرض بما فيها، ولذلك قال له النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»، فإذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيرًا، فإنْ وصلَ إلى حدِّ الحقيقةِ العرفيةِ فذاكَ، وإلا فيحمل عليه بقرينة سكوتِ البائعِ عنْ استثنائهِ، فإنَّه لو كانَ مرادهُ إخراجَ البناءِ والشجرِ لنصَّ على الإخراجِ، فلَمَّا لم ينصَّ على ذلك دلَّ على أنَّ مرادَه دخولُ البناءِ والشجرِ في البيعِ[٢].

السبب الخامس: أنَّ كلَّ ما كان متصلًا بالمبيعِ اتصالَ قرارٍ فإنَّه يدخلُ في البيعِ بدون ذكره تبعًا، كما سبق ذلك في القاعدة الثانيةِ في أوَّلِ هذا الفصلِ.

ولا شكَّ أنَّ البناءَ والشجرَ يتصلانِ بالأرضِ اتصالَ قرارٍ، فيدخلانِ في بيعها عند الإطلاقِ.

السبب السادس: أنَّ الأرضَ أصْلٌ، والبناءَ والشجرَ فرْعٌ، والفرعُ تابعٌ للأصلِ[٣]؛ ولذا قالوا: يسقطُ الفرعُ إذا سقطَ الأصلُ[٤].

السبب السابع: أنَّ القولَ بدخولِ البناءِ والشجرِ في بيعِ الأرضِ فيه قطعٌ للمنازعاتِ والمخاصماتِ؛ إذْ لو قيل بتركه للبائع لأدى ذلك إلى كثرةِ دخولِ البائعِ إلى أرضِ المشتري، ويحتاج إلى سقي الشجر، وقد يؤدي ذلك إلى

---

(١) الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب الشروط في الوقف، ج٣، ص٢٥٩ ـ ٢٦٠، وفي كتاب الوصايا، باب: وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته، ج٤، ص١١.
وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوقف، ج١١، ص٨٦ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٢) ذكر هذا المرجحَ، والذي قبله السبكيُّ في تكملته للمجموع ج ١١ ص ٢٦٠ ـ ٢٦٩، وناقشهما، ولم يظهر لي وجه المناقشةِ فلم أذكرْها.

(٣) تكملة المجموع للسبكي ج ١١ ص ٢٦١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.

تعطيلِ المشتري من الاستفادة من ملكه استفادةً كاملةً، خاصَّةً إذا دفع المشتري قيمة لا تصلح إلا فيها، وفي البناءِ والشجرِ، فكانَ الأوْلى دخولُهما في بيع الأرضِ.

والله تعالى أعلم.

* * *

المطلب الثاني: حكم دخول الزرع في بيع الأرض:

يتناول الكلام في هذا المطلب ببيان الحكم في مسألتين:

الأولى: بيع الأرض، وفيها زرع لا يحصد إلا مرة.

الثانية: بيع الأرض، وفيها زرع يجزُّ مرةً بعد أخرى.

وبيان حكم كل مسألة منهما، وما يتفرع عن ذلك على النحو التالي:

المسألة الأولى: إذا باع الأرض، وفيها زرعٌ لا يحصد إلا مرة:

إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة كالحنطة والشعير، وما المقصود منه مستتر، كالجزر، والفجل، والبصل، وأشباه ذلك، فاشترطه المشتري فهو له[(١)]، قصيلا[(٢)] كان أو ذا حب مستترًا أو ظاهرًا معلومًا أو مجهولًا، لكونه دخل في البيع تبعًا فلم يضر جهلُه وعدم كماله، كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها[(٣)].

---

(١) تبيين الحقائق، ج٤، ص١١، تكملة السبكي للمجموع، ح١١، ص٢٨٩، المغني، ج٤، ص٨٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٣.

(٢) القصيل: هو ما يقطع من الزرع أخضر. (القاموس المحيط باب اللام، فصل القاف، ج٤، ص٣٧).

(٣) المغني، ج٤، ص٨٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٣.

وإن أطلق البيع فهو للبائع[١]؛ لأن الزرع موضوع في الأرض لفصل الآدمي إياها لانتفاعه بها فشابه المتاع الموضوع في الأرض والدار[٢].

ولأنه مودع في الأرض، فهو كالكنز والقماش[٣].

ولأنه يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة[٤].

قال ابن قدامة:

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، ولا أعلم فيه مخالفًا[٥].

إذا ثبت هذا فإنه يتفرع عن هذه المسألة الفروع الآتية:

الفرع الأول: حكم بقاء زرع البائع في أرض المشتري إلى وقت الحصاد:

اختلف الفقهاء في حكم بقاء زرع البائع في أرض المشتري إلى وقت الحصاد، أو أنه يلزمه رفعه عقيب العقد وتسليم الأرض على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، الهداية، ج٥، ص٩٩، تبيين الحقائق، ج٤، ص١١، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١، مختصر خليل، ج٥، ص٢٨١، الشرح الكبير للدردير، ج٣، ص١٧، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٢، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٩٥، السراج الوهاج، ج٢، ص١٣٦، الإقناع في فقه الشافعية، ص٩٣، التنبيه، ص٩٢، المهذب، ج١، ص٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص١٩، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧، المقنع، ج٢، ص٧٩، الكافي، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٤، ص٨٣، الإنصاف، ج٥، ص٥٨.

(٢) الهداية ومعها فتح القدير والعناية ج ٥ ص ٩٩، تبيين الحقائق ج٤ ص ١١، البحر الرائق ج ٥ ص ٣٢١، الدرر الحكام ج ٢ ص ١٥، كشف الحقائق ج ٢ ص ٥.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ج٢ ص ٧٢، المغني ج ٤ ص ٨٤، الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٤٣، المبدع ج ٤ ص ١٦٠.

(٤) تكملة السبكي للمجموع ج ١١ ص ٣٨٩، المغني ج ٤ ص ٨٤، الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٤٣.

(٥) المغني ج ٤ ص ٨٤.

القول الأول: أن على البائع رفعه عقيب البيع وتسليم الأرض، وبهذا قال الحنفية(١).

القول الثاني: أنه يكون للبائع مبقى في الأرض إلى حين الحصاد، وبهذا قال المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل له: بأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع(٥).

أدلة القول الثاني:

استدل له بما يلي:

الدليل الأول: أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة،

---

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص٩، الهداية، ج٥، ص١٠٠، تبيين الحقائق، ج٤، ص١١، الاختيار لتعليل المختار المجلد الأول، ج٢، ص٦، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٤، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٦.

(٢) الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٣، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٩٧، جواهر الإكليل، ج٢، ص٥٩، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨٣، سراج السالك، ج٢، ص١٣٧، بلغة السالك، ج٢، ص٥١٤.

(٣) الإقناع في الفقه الشافعي، ص٩٣، التنبيه، ص٩٣، المهذب، ج١، ص٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص٢١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٨.

(٤) المقنع، ج٢، ص٧٩، الكافي، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٤، ص٧٦، ٨٤، المحرر، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٦٩، التنقيح المشبع، ص١٣٧، المبدع، ج٤، ص١٦١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٧.

(٥) الهداية ومعها العناية وفتح القدير، ج٥، ص١٠٠، تبيين الحقائق، ج٤، ص١١، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٤، الدر المختار، ج٤، ص٥٥٤.

كما لو باع دارًا فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك، وهو أن ينقله نهارًا شيئًا بعد شيء، ولا يلزمه النقل ليلًا، ولا جمع دواب البلد لنقله، كذلك ههنا يفرغ الأرض من الزرع في أوان تفريغها، وهو وقت الحصاد[١].

وهذا الدليل يتضمن الإجابة عن قياس الحنفية، ولهذا قال ابن قدامة بعد ذكر هذا الدليل: وقياسه حجة لنا لما بيناه[٢].

الدليل الثاني: أن الواجب هو التسليم المعتاد، والمعتاد في تسليم الأرض المزروعة هو عند الحصاد قياسًا على ما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع، فإنه يترك حتى يستحصد رضي المؤجر أو لم يرضَ، وإذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض؛ لأنه حين أقدم على الشراء ـ والعادة ما ذكرنا ـ كان ملتزمًا للضرر المذكور[٣].

الترجيح:

يترجح ـ والله أعلم ـ القول بأن الزرع يبقى للبائع إلى أوان حصاده؛ لقوة ما استدل به له ووجاهته، وما استدل به للقول الآخر لا يقوى على معارضته.

ويؤيد ذلك: أن القول بالتفريغ في الحال قد يترتب عليه تضييع المال؛ لأن الزرع إذا قطع قبل أوانه قد لا يستفاد منه، والإسلام قد نهى عن تضييع المال وإتلافه.

كما أن الحنفية قد جزموا هنا بأن البائع يؤمر بقطع الزرع والثمر، وقالوا فيما إذا «باع شجرًا عليه ثمر أو كرمًا عليه عنب لا يدخل الثمر، فلو استأجر

---

(١) المغني، ج٤، ص٧٦.
(٢) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.
(٣) فتح القدير، ج٥، ص١٠٠.

الشجر من المشتري ليترك عليه الثمر لم يجز، ولكن يعار إلى الإدراك، فلو أبى المشتري يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر»[(١)].

فإن أمر البائع بالقطع ينافي التخيير المذكور[(٢)]. والله أعلم.

الفرع الثاني: حكم أجرة الأرض في مدة بقاء الزرع فيها:

تقدم في الفرع الأول أنَّ الحنفية أوجبوا على بائع الأرض المزروعة تفريغَ الأرض من الزرع في الحال إن لم يشترطه المشتري، وبناء عليه لا يرد لهم في هذا الفرع قول، لأنهم يقولون بوجوب التفريغ في الحال.

وأما الجمهور فقد قالوا: إن الزرع يبقى في الأرض إلى أوان حصاده، لكن هل يبقى بأجرة أو بدون أجرة؟

اختلف في حكم ذلك على قولين:

القول الأول: أن الزرع يبقى لبائع الأرض إلى الحصاد بدون أجرة، وهو الأرجح عند الشافعية[(٣)]، وبه قال الحنابلة[(٤)].

القول الثاني: وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض إن كان المشتري جاهلًا، وهو الوجه الآخر عند الشافعية[(٥)].

---

(١) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٥٤، وانظر: الدر المختار، ج٤، ص٥٦٥.

(٢) قال ابن عابدين بعد أن أورد ذلك في حاشيته، ج٤، ص٥٥٤: «فتأمله مع قول المتون، ويؤمر البائع بالقطع، فإنه ينافي التخيير المذكور، ولعله قول آخر فليحرر».

(٣) فتح العزيز، ج٩، ص٢٩، المنهاج، ج٢، ص٨٢، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٢، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٥، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٢.

(٤) المغني، ج٤، ص٨٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٣، الفروع، ج٤، ص٦٩، التنقيح المشبع، ص١٣٧، الإنصاف، ج٥، ص٥٨، الإقناع، ج٢، ص١٢٧، المبدع، ج٤، ص١٦١، حاشية المقنع، ج٢، ص٨٠.

(٥) فتح العزيز، ج٩، ص٢٩، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٢، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٥، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٢.

ومنه يعلم أن محلَّ الخلاف عند الشافعية هو إذا كان المشتري يجهل أن الأرض مزروعة، أما إذا كان عالمًا فلا أجرة له[(١)].

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أنه لا تجب الأجرة، وتقع تلك المدة مستثناة قياسًا على ما إذا باع دارًا مشحونة بأمتعة لا يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ، فكذلك ههنا[(٢)].

الدليل الثاني: أن الزرع يبقى إلى حين أخذه بدون أجرة قياسًا على أن الثمرة تبقى إلى حين الجذاذ بدون أجرة[(٣)].

الدليل الثالث: أن الأجرة تجب إذا زرع الأرض بعقد إجارة أو بغير حقٍّ، وفي بقاء زرع البائع في الأرض التي باعها لم يوجد واحد منهما فلا وجه لوجوب الأجرة.

قال الروياني:

«إنما تجب الأجرة إذا زرعها بعقد الإجارة أو بغير حق، وهنا لم يوجد واحد منهما»[(٤)].

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٥، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٢، وأما المالكية فيوافقون الشافعية والحنابلة في بقاء الزرع إلى وقت الحصاد لكني لم أجد بجهدي المتواضع لهم نصًا في حكم الأجرة لتلك المدة.
(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٢٩، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٢.
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢.
(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٥.

دليل القول الثاني:

أن المنافع متميزة عن المعقود عليه فليس تفويتها بمنزلة العيب، حتى يقال بعدم وجوب الأجرة، وحيث إن البائع قد انتفع بالأرض فيلزمه ضمان المنفعة[(١)].

الفرع الثالث: حصد الزرع قبل أوانه للانتفاع بالأرض:

لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة، أو جزَّه البائع قبل وقت حصاده لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها، ووجب عليه تسليم الأرض، وليس له استبقاء الأرض ما بقي من مدة الزرع[(٢)]؛ «لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع، فتقدر ببقائه، كالثمرة على الشجرة، وكما لو كان المبيع طعامًا لا ينقل مثله عادة، إلا في شهر لم يكلف إلا ذلك، فإن تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز، كذلك ههنا»[(٣)].

«ولو كان الزرع مما لو جُزَّ قبل حصاده قوي أصله، واستخلف وفرخ، كالدخن فجزه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى أوان الحصاد؛ لأنه من جملة ذلك الزرع، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد؛ لأنه غير ذلك الزرع، وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القت[(٤)] الذي يجز مرة؛ لأن القت أصل ثابت، والزرع فرع زائل، واستخلاف بعضه نادر، قال ذلك الماوردي»[(٥)].

---

(١) مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٢.
(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢ ـ ٧٣، المغني، ج٤، ص٨٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٣.
(٣) المغني، ج٤، ص٨٤.
(٤) القت: علف البهائم، ويسمَّى: القرط، والرطبة، والفصفصة. (مختار الصحاح ص، ٢٤٦، ٥٠٤، ٥٢١، مغني المحتاج، ج٢، ص٨١).
(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٣ ـ ٢٩٤.

الفرع الرابع: إصلاح الأرض بعد حصد الزرع:

إذا حصد بائع الأرض زرعه منها فعليه تسوية الأرض، فإذا بقيت للزرع عروق تستضر بها الأرض، كعروق القُطن والذُّرة، فعلى البائع إزالتها، وإن تحفرت الأرض فعليه تسوية حفرها[(١)]، تشبيهًا بما إذا كان في الدار أمتعة كبيرة لا تخرج إلا بهدم الدار فهدمها كان عليه الضمان[(٢)].

وقد وضع ابن قدامة رحمه الله لهذا قاعدة؛ حيث قال:

«كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير إذن الأول، ولا فعل صدر عنه النقص، واستند إليه، كان الضمان على مدخل النقص»[(٣)].

المسألة الثانية: بيع الأرض وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى:

الحنفية والمالكية أطلقوا القول في أنَّ الزرع لا يدخل في بيع الأرض عند الإطلاق، ولم يُفرِّقوا بين الزرع الذي لا يحصد إلا مرة، وبين ما يجزُّ مرة بعد أخرى على ما فهمتُه من إطلاقهم القولَ بأنَّ الزرع لا يدخل في بيع الأرض. وسأورد نصوصًا من كتب الحنفية والمالكية في هذه المسألة:

المذهب الحنفي:

قال الطحاوي رحمه الله:

«وإذا باع الرجلُ للرجل أرضًا دخل ما كان فيها من بناءٍ ونخل وشجر

---

(١) الوجيز، ج١، ص١٤٨، فتح العزيز، ج٩، ص٢١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٨، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٤، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٣، المغني، ج٤، ص٨٤، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٣، المبدع، ج٤، ص١٦١.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٢١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٨، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٤، المغني، ج٤، ص٨٤.

(٣) المغني، ج٤، ص٨٤ ـ ٨٥.

في البيع، ولم يدخل فيه ما كان فيها من زرع ولا من ثمر، وكان للبائع أن يقلعهما لنفسه»[١].

وقال القدوري رحمه الله:

«ومن باع أرضًا دخل ما فيها[٢]، وإن لم يسمه، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية»[٣].

وجاء في «الهداية»[٤] للمرغيناني رحمه الله قوله: «ومن باع أرضًا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه.. ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية».

وقد ورد مثل ذلك في كتب الحنفية الأخرى[٥].

المذهب المالكي:

جاء في «البيان والتحصيل»[٦] قوله:

«إذا باع الرجل أرضًا وفيها زرعٌ حين بدا فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع».

وجاء في «مختصر»[٧] خليل رحمه الله قوله:

---

(١) مختصر الطحاوي، ص٧٩.

(٢) قال في اللباب، ج٢، ص٩: «ومن باع أرضًا ذات نخل وشجر دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع، وإن لم يسمه».

(٣) مختصر القدوري، ج٢، ص٩.

(٤) ج٥، ص٩٩.

(٥) انظر في ذلك: بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، كنز الدقائق، ج٢، ص٥، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج٢، ص٦، الدر المختار، ج٤، ص٥٥٢، الدرر الحكام، ج٢، ص١٥٠، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٦، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة.

(٦) ج٧، ص٣٨٨.

(٧) ج٥، ص٢٨١.

«تناول البناء والشجر: الأرض، وتناولتهما، لا الزرع والبذر».

وقال القرافي رحمه الله:

«وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر»[١].

ومما سبق يظهر أن الحنفية، والمالكية، يرون أن الزرع الظاهر في الأرض لا يدخل في بيعها إلا إن اشترطه المشتري، ولم يفرقوا بين زرع يجزُّ مرة واحدة وبين زرع يتكرر جزُّه، غير أن قاضيخان الحنفي قد ذكر جملة من الفروع يفهم منها أن بعض الحنفية يفرقون بين الزرع الذي لا يحصد إلا مرة واحدة، والزرع الذي له أصل يجزُّ مرة بعد أخرى؛ حيث قال:

«رجل اشترى أرضًا فيها رطبة[٢]، أو زعفران، أو خلاف[٣] يقطع في كل ثلاث سنين، أو رياحين، أو بقول، ولم يذكر في البيع ما فيها:

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله ما علا منها على وجه الأرض يكون بمنزلة الثمر لا يدخل في البيع من غير شرط.

وما كان من أصولها في الأرض يدخل في البيع؛ لأن أصولها تكون للبقاء بمنزلة البناء.

وكذا إذا كان فيها قصب، أو حشيش، أو حطب نابت، ما هو على وجه الأرض لا يدخل في البيع من غير ذكر.

---

(١) الفروق، ج٣، ص٢٨٣.

(٢) الرطبة: القطب، خاصة ما دام رطبًا، والجمع رطاب، وتسمى: القت، والفصفصة، كما سبق قريبًا في «القت».

(٣) جاء في القاموس المحيط، ج٣، ص١٣٧، قوله: «الخلفة: ما ينبته الصيف من العشب، وزرع الحبوب خلفة؛ لأنه يستخلف من البر والشعير.. وما يتفطر عنه الشجر في أول البرد، أو ثمر يخرج بعد ثمر، وشيء يحمله الكرم بعدما يسوّد العنب فيقطف العنب، وهو غض أخضر لم يدرك، وكذلك هو من سائر الثمر، أو أن يأتي الكرم بحصرم جديد».

وما أصولها في الأرض يدخل.

واختلفوا في قوائم الخلاف:

قال بعضهم: تدخل؛ لأنها شجر.

والمختار: أنها لا تدخل؛ لأنها تعدُّ من الثمر.

وإن كان في الأرض شجر قطن فبيعت الأرض، لا يدخل ما عليها من القطن.

واختلفوا في أصل القطن، وهو الشجر، والصحيح أنه لا يدخل في البيع.

وإن كان في الأرض كراث فبيعت الأرض مطلقًا فما كان على ظاهر الأرض لا يدخل في البيع المطلق.

واختلفوا فيما كان مغيبًا منه في الأرض، والصحيح أنه يدخل؛ لأنه يبقى سنين فيكون بمنزلة الشجر.

وأما قوائم الباذنجان:

«قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: إنها تدخل في البيع المطلق من غير ذكر.

وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده ينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في قوائم شجر القطن»[(١)].

وبعد ذكر مذهب الحنفية، والمالكية، في هذه المسألة أورد مذهب الشافعية، والحنابلة، وهما متقاربان:

---

(١) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٤٤.

المذهب الشافعي:

قال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: بعد أن بيَّن أن الزرع ضربان، وبيَّن الضربين الأول كما سبق في المسألة الأولى، ثم شرع في بيان الضرب الثاني فقال:

«الضرب الثاني: ما تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر كالكرسف الحجازي[1]، والنرجس والبنفسج، فالظاهر من ثمرها عند بيع الأرض يبقى للبائع، وفي دخول الأصول، الخلاف السابق في الأشجار.

وفي النرجس والبنفسج وجه أنهما من الضرب الأول. وأمَّا ما يجزُّ مرارًا كالقت والهندبا، والنعناع.. فتبقى[2] جزتها الظاهرة عند البيع للبائع، وفي دخول الأصول الخلاف.

وعن الشيخ أبي محمد القطع بأنها تدخل في بيع الأرض؛ لأنها كامنة فيها نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار.. وإذا قلنا بدخولها فليشترط على البائع قطع الجزة الظاهرة؛ لأنها تزيد ويشتبه المبيع بغيره، ولا فرق بين أن يكون ما ظهر بالغًا أوان الجزِّ أو لا يكون.

قال في «التتمة»: إلا القصب فإنه لا يكلف بقطعة إلا أن يكون ما ظهر قدرًا ينتفع به.

ولو كان في الأرض أشجار خلاف: ما يقطع من وجه الأرض فهي كالقصب»[3].

---

(١) الكرسف: هو القطن. (النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج١، ص٢٨٦).
(٢) في المتن بدون الفاء، ولا بد من الفاء في جواب «أمَّا»؛ لتضمنه معنى الجزاء.
(٣) فتح العزيز، ج٩، ص٢١ ـ ٢٢.

المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ:

«وإن باع أرضًا وفيها زرع يجزُّ مرة بعد أخرى، فالأصول للمشتري، والجزة الظاهرة عند البيع للبائع، سواء كان مما يبقى سنة، كالهندبا، والبقول، أو أكثر، كالرطبة. وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال، فإنه ليس لذلك حدٌّ ينتهي إليه.

ولأن ذلك يطول، ويخرج غير ما كان ظاهرًا. والزيادة من الأصول التي هي ملك للمشتري. وكذلك إن كان الزرع مما تتكرر ثمرتُه، كالقِثَّاء، والخيار، والبطيخ، والباذنجان، وشبهه، فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع؛ لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه، فأشبه الشجر.

ولو كان مما تؤخذ زهرتُه وتبقى عروقُه في الأرض، كالبنفسج والنرجس فالأصول للمشتري؛ لأنه جعل في الأرض للبقاء فهو كالرطبة، وكذلك أوراقه وغصونه.

وأما زهرتُه فإن كانت قد تفتحت فهي للبائع، وإلا فهي للمشتري.. واختار ابنُ عقيل في هذا كلِّه: أن البائع إنْ قال: بعتك هذه الأرضَ بحقوقها دخل فيها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخل؟ على وجهين كالشجر»[1].

وقد بيَّن ابن رجب رَحِمَهُ اللَّهُ في «القاعدة الثمانين» سببَ اختلافهم في هذه المسألة، وما لهم فيها من طرق فقال: «ما تكرر حمله من أصول البقول، والخضروات، هل هو ملحق بالزرع، أو بالشجر، فيه وجهان:

وينبني على ذلك مسائل:

---

(١) المغني، ج٤، ص٨٥.

منها: إذا باع الأرض وفيها هذه الأصول، فإن قلنا هي كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا؟ وفيه وجهان.

وإن قلنا هي كالزرع لم تدخل في البيع وجهًا واحدًا. وللأصحاب في المسألة أيضًا طريقتان:

إحداهما: أن حكمها حكمُ الشجر في تبعية[1] الأرض، وهي طريقة ابن عقيل، وصاحب المحرر.

والثانية: أنها تتبع وجهًا واحدًا بخلاف الشجر؛ لأن تبقيتها في الأرض معتاد، ولا يقصد نقلُها وتحويلها.. وهي طريقة أبي الخطاب، وصاحب المغني، وعلى ما قررناه أولًا يخرج فيها طريقة ثالثة: أنها لا تتبع وجهًا واحدًا كالزرع»[2].

ويتلخص مما سبق أن بيع الأرض وفيها زرع يجزُّ مرة بعد أخرى، أن الجزة الظاهرة عند البيع للبائع، وأما الأصول فيترجح فيها أنها للمشتري، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة الشبه بينها وبين الشجر؛ حيث إنها تبقى في الأرض طويلًا، وتبقيتها في الأرض معتاد، ولا يقصد منها النقل والتحويل.

السبب الثاني: أن في القول بتبقية هذه الأصول على ملك البائع، مع انتقال ملكية الأرض للمشتري، تعطيلًا لملك المشتري لمدة غير معلومة، فإنَّ تلك الأصول قد تبقى في الأرض أشهرًا، وقد تبقى سنة، وقد تبقى سنتين، وقد تبقى سنين.

وبناء على هذا تكون منفعة الأرض مستثناة إلى مدة مجهولة، وذلك أنه

---

(١) في المتن «في تبقية الأرض»، وهو تحريف مطبعي.
(٢) القواعد لابن رجب، ص١٥٧.

لا يمكن قلع أصول الزرع؛ لأنه محترم، ولا تبقيته بأجرة، لأنه حين أحدثه، أحدثه في ملكه، وإذا كان الأمر كذلك لا يصح بيعه مفردًا، فإذا ضمَّ إلى مبيع خلا عن ذلك بطل البيع في الجميع للجهالة بالثمن، فلما أفضى الإخراج إلى هذا المحذور، حكم بالاندراج حرصًا على تصحيح العقد قياسًا على دخول الحمل في البيع، وإن لم ينتظم اسم الشاة والجارية بل إن هذا أولى بدخوله في بيع الأرض؛ لأن للحمل غاية تنتظر، ومع ذلك أدخل في البيع، ولا غاية ههنا تنتظر.

السبب الثالث: أن في دخول أصول الزرع في بيع الأرض قطعًا للمنازعات والمخاصمات؛ إذ لو قيل: إنها تبقى للبائع؛ لأدى ذلك إلى كثرة دخول البائع إلى أرض المشتري للسقي ونحوه، بل قد يؤدي ذلك إلى إنكار البيع، والشريعة الإسلامية تحرص على قطع المنازعات بين الناس، وسد الأبواب الموصلة لذلك.

والله تعالى أعلم.

* * *

المطلب الثالث: حكم دخول البذر في بيع الأرض:

إذا باع أرضًا فيها بذرٌ لم يظهر بعدُ، فقد اختلف الفقهاء في دخوله في بيع الأرض تبعًا على أقوال:

القول الأول: لا يدخل في بيع الأرض، وبه قال الحنفية(١)، وهو أحد

---

(١) الهداية، ج٥، ص١٠١، تبيين الحقائق، ج٤، ص١١، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١، فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٤٤، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٧، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٤.

قولي المالكية(١) وبه قال ابن عقيل من الحنابلة(٢)، إلا أن بعض الحنفية قيَّد ذلك بما إذا لم يعفن(٣) البذر، أما إذا عفن فهو للمشتري(٤).

القول الثاني: يدخل في بيع الأرض، وهو المشهور عند المالكية(٥)، وقد ورد نحو هذا في مذهب الحنفية(٦)، والحنابلة(٧).

القول الثالث: إن كان البذر لا يبقى أصله، ويؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير، لا يدخل في بيع الأرض، ويبقى إلى أوان أخذه، وإن كان البذر

---

(١) الفروق، ج٣، ص٢٨٣، وبهامشه تهذيب الفروق نفس الجزء، ص٢٨٧، مختصر خليل، ج٥، ص٢٨٢، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨١، وبهامشه حاشية العدوي نفس الجزء والصفحة.

(٢) الفروع، ج٤، ص٧٠، الإنصاف، ج٥، ص٥٩، تصحيح الفروع، ج٤، ص٧٠.

(٣) عفن الشيء عفنًا: فسد من نوة أصابته فهو يتمزق عند مسه، وعفن اللحم: تغيرت رائحته. (القاموس المحيط، باب النون، فصل العين، مادة: عفن، ج٤، ص٢٤٩، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١).

(٤) فتح القدير، ج٥، ص١٠١، وبالهامش العناية على الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٧، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٥٢.

(٥) الفروق، ج٣، ص٢٨٣، وبهامشه تهذيب الفروق نفس الجزء، ص٢٨٧، الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٥، الشرح الكبير، ج٣، ص١٧١، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٢، التاج والإكليل، ج٤، ص٤٩٥، جواهر الإكليل، ج٢، ص٥٩، سراج السالك، ج٢، ص١٣٧، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢.

(٦) أورد ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١ ـ ٣٢٢، بعد ذكر قول الحنفية: أن الزرع لا يدخل في بيع الأرض بلا تسمية، وأن هذا الإطلاق يشمل ما إذا نبت أولًا، ويشمل ما إذا نبت ولم يصر له قيمة وفيه قولان، أورد بعد ذلك ما نصه: «وصحَّح في المحيط: دخول الزرع قبل النبات؛ لأنه صار تبعًا للأرض، فالحاصل: أن المصحح عدم الدخول، ولو لم يكن له قيمة إلا إذا كان قبل النبات فالصواب دخول ما لا قيمة له».

(٧) قال في المبهج: في بذر وزرع لم يبد صلاحُه، قيل: يتبع الأرض، وقيل: لا، نقل ذلك عنه في الفروع، ج٤، ص٧٠، وفي الإنصاف، ج٥، ص٥٩.

يدوم، كنوى النخل، والجوز، واللوز، وبذر الكراث، ونحوه من البقول، فحكمه في الدخول تحت بيع الأرض، حكم الشجر[(١)]، وبهذا قال الشافعية[(٢)]، وهو المذهب عند الحنابلة[(٣)].

الأدلة

دليل القول الأول:

أن البذر إذا كان كامنًا في الأرض لا يدخل في بيعها تبعًا؛ لأنه مودع فيها[(٤)] فهو كالمتاع[(٥)]، وكالركاز[(٦)].

وأما ما قيد به بعض الحنفية من أنه إذا عفن فهو للمشتري فقد علّلوا

---

(١) سبق بيان الحكم عندهم في دخول الشجر في بيع الأرض، فإن قلنا الشجر يدخل في بيع الأرض كما هو الراجح عندهم، فكذلك بذر هذا الزرع يدخل في بيع الأرض. وإن قلنا الشجر لا يدخل، فكذلك الحكم في بذر هذا الزرع، وهو أنه لا يدخل.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٢٢ ـ ٢٣، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، المنهاج، ج٢، ص٨٢، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٢.
ويلاحظ أن الشيرازي والغزالي قد نصّا على أن البذر لا يدخل في بيع الأرض، ولم يفصلا هذا التفصيل. (المهذب، ج٢، ص٢٨٧، الوجيز، ج١، ص١٤٨) لكن السبكي في تكملته للمجموع، ج١١، ص٤٠٠ حمل قول الشيرازي: (وإن باع أرضًا فيها بذر لم يدخل في البيع) على البذر الذي لا نبات لأصله اهـ، ومراده الذي يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير.

(٣) المغني، ج٤، ص٨٥، الفروع، ج٤، ص٧٠، الإنصاف، ج٥، ص٥٩، التنقيح المشبع، ص١٣٧، الإقناع، ج٢، ص١٢٧، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٨، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٨، حاشية المقنع، ج٢، ص٨٠.

(٤) الهداية، ج٥، ص١٠١، المهذب، ج٢، ص٢٨٧، الفروع، ج٤، ص٧٠.

(٥) الهداية، ج٥، ص١٠١، ومعها فتح القدير والعناية نفس الجزء والصفحة.

(٦) المهذب، ج٢، ص٢٨٧.

لذلك بأن «العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الأرض فيدخل في بيع الأرض»[(١)].

المناقشة:

يمكن مناقشةُ هذا القياس بأنه قياسٌ مع الفارق، وذلك أنَّ البذر الكامن في الأرض هو كجزء من أجزاء الأرض، يصعب إخراجُه منها بخلاف المتاع فإنه منفصل عنها، وبخلاف الركاز فإنه يسهل إخراجه منها فافترقا فلا يصحُّ القياس.

وأما ما ذكره بعض الحنفية من أنه إذا لم يعفن لا يدخل، وإذا عفن يدخل، لأنه لا يجوز بيعه مفردًا حينئذٍ، فقد يناقش: بأنه وإن لم يعفن لا يصح بيعه مفردًا؛ لأنه مجهول لكونه كامنًا في الأرض، وحتى إن قيل: يمكن إخراجه وبيعه بعد ذلك، فإنه يصعب ذلك، فإن بذرًا كبذر الذرة والدخن مثلًا كيف يمكن إخراجه بعد بذره في الأرض، إلا إذا قيل: بأخذه مع تراب الأرض، وفي ذلك تعدٍّ على أرض المشتري، ولا يمكن القول هنا بأنه يبقى إلى أوان الحصاد؛ لأن الحنفية يقولون بقطع الزرع في الحال إذا كان ظاهرًا على وجه الأرض كما سبق بيان مذهبهم في ذلك.

أدلة القول الثاني:

استدل له بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: يدخل البذر الكامن في الأرض في بيعها تبعًا قياسًا على دخول الحجارة المخلوقة فيها[(٢)].

الدليل الثاني: أنه يدخل البذر في بيع الأرض عند الإطلاق؛ لأنه حين

(١) فتح القدير، ج٥، ص١٠١.
(٢) الفروق، ج٣، ص٢٨٤، تهذيب الفروق نفس الجزء، ص٢٨٧.

وضع فيها أصبح مختلطًا بترابها يصعب فصله منها فصار كجزء من أجزاء الأرض[١].

أدلة القول الثالث:

أشار ابن قدامة رَحِمَهُ الله إلى أن البذر إذا كان المشتري يستحق أصله كالرطبة والنعناع، وما يجز مرة بعد مرة أنَّ بذر ذلك الأصل للمشتري، وعلل لذلك بقوله:

«لأنه ترك في الأرض للتبقية فهو كأصول الشجرة، ولأنه لو كان ظاهرًا كان له، فالمستتر أولى»[٢]. ولم أرَ لهم تعليلًا فيما إذا كان البذر لا يبقى أصله أنه يكون للبائع[٣].

الترجيح:

لعلَّ أقرب الأقوال السابقة للرجحان هو القول بدخول البذر في بيع الأرض، وإن لم ينص عليه، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به له، ووجاهتها، ولم أرَ مناقشة لها.

---

(١) البحر الرائق، ج٥، ص٣٢١.

(٢) المغني، ج٤، ص٨٥.

(٣) قد يقول قائل: إن ابن قدامة قد ذكر بعد التحليل السابق: أنه «إذا كان بذرًا لما يستحقه البائع فهو له، إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له، وقال الشافعي: البيع باطل؛ لأن البذر مجهول وهو مقصود، ولنا: أن البذر يدخل تبعًا في البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبدًا فاشترط ماله، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعًا في البيع، ولا تضر جهالتها ولا تجوز مفردة».
أقول قد يقول قائل: إن هذا منه استدلالٌ على أن البذر إذا كان لا يبقى أصله يدخل في البيع تبعًا، فإن قاله قائل فجوابه:
أن فرض مسألتنا هو في دخول البذر في بيع الأرض تبعًا عند الإطلاق، وما ذكره ابن قدامة هو في بيع الأرض مع البذر، وهذا له بحثٌ آخر، فليس المورد واحدًا؛ إذ هما مسألتان.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به على عدم دخول البذر في بيع الأرض، كما سبق بيان ذلك عند مناقشة دليل القول الأول.

السبب الثالث: أن جعل البذر للبائع مبقى إلى ظهوره ثم إلى أوان حصاده فيه تعطيل لمنفعة أرض المشتري، وفي القول بإخراجه من الأرض كما هو مقتضى مذهب الحنفية، فيه تغيير لعين المبيع؛ لأن تسليمه لا يمكن إلا بتقليب الأرض.

السبب الرابع: أنه قد يتأيد القول بدخول البذر في بيع الأرض بأن من ملك ظاهر الأرض ملك ما في باطنها.

هذه هي الأقوال في المسألة لكن لو قيل: إنه يرجع في ذلك إلى العُرف، فإن كان العرف يقتضي دخول البذر في بيع الأرض عند الإطلاق دخل في البيع، وإنكان العرف لا يقتضيه نظر، فإن كان المشتري دفع ثمنًا لا يصلح إلا في الأرض وفي بذرها دخل في البيع؛ لأن ذلك يكون قرينة صارفة إليه، ودالة عليه، فأشبه ما لو صرح به، وإن كان الثمن لا يصلح للأرض وللبذر معًا قوم البذر(١)، وخير المشتري بين دفع قيمته للبائع، والفسخِ، إلا إذا تنازل البائع عن قيمة البذر فليس للمشتري الفسخ؛ لأنه زاده خيرًا بالترك، إلا إذا كان البذر يعطل عليه الأرض، وهو يرغب في استغلالها في زرع آخر غير زرع ذلك، فله حق الفسخ، لدفع الضرر عنه.

أقول: لو قال بهذا قائل لكان متجهًا، لكني لم أرَ قائلًا به.

والله تعالى أعلم...

* * *

(١) تعرف قيمة البذر بمعرفة قدر البذر في تلك الأرض ثم يعرف سعره في ذلك البلد، ويدفع المشتري قيمته حينئذٍ للبائع. وتعرف قيمته أيضًا: بأن تقوم الأرض مبذورة، وغير مبذورة، والفرق بينهما هو قيمته.

المطلب الرابع: بيع الأرض مع البذر:

في المطلب السابق كان الكلام عن دخول البذر في بيع الأرض عند الإطلاق.

وأما هذا المطلب فهو معقود لبيان حكم بيع الأرض المبذورة مع البذر[(١)]، أي أنه قد نصَّ في العقد على البذر، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: لا يصح اشتراط دخول البذر في بيع الأرض، وهو المذهب عند الشافعية[(٢)]، وأحد الوجوه في مذهب الحنابلة[(٣)]، واختاره ابن عقيل[(٤)].

القول الثاني: يصح ذلك، وهو وجه في مذهب الشافعية[(٥)]، وأحد

(١) جعل النووي ـ رحمه الله ـ الزرع الذي لا يفرد بالبيع مثل البذر في الحكم، فقال في المنهاج، ج٢، ص٨٢: «ولو باع أرضًا مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع بطل في الجميع، وقيل في الأرض قولان».

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٨٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٦٠، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، فتح الوهاب، ج١، ص١٨٠، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٢، ويلاحظ أن بعض الشافعية قال: إنه إذا كان البذر من البذر الذي يدخل عند الإطلاق، فإنه يصح البيع في الكل، وكأنه ذكره تأكيدًا. «انظر مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢، تكملة السبكي، ج١١، ص٣٩٩، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٣».

(٣) الفروع، ج٤، ص٧٠، الإنصاف، ج٥، ص٥٩، تصحيح الفروع، ج٤، ص٧٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٨٠.

(٤) تصحيح الفروع، ج٤، ص٧٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٨٠.

(٥) فتح العزيز، ج٩، ص٨٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٦٠، تكملة السبكي، ج١١، ص٣٩٩.

الوجوه في مذهب الحنابلة[(١)]، واختاره القاضي في «المجرد»[(٢)]، وقال عنه في «الإنصاف»[(٣)]: «وهو الصواب».

القول الثالث: إنْ ذكر قدره ووصفه صحَّ، وإلا فلا، وهو وجه في مذهب الحنابلة[(٤)].

وفرع الشافعية على القول ببطلان البيع في البذر، هل يبطل البيع في الأرض أيضًا؟ فقالوا:

«إذا بطل البيع في البذر، ففي بطلانه في الأرض طريقتان:

إحداهما: أنه على قولي تفريق الصفقة.. وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن.

والطريقة الثانية: القطع ببطلان بيع الأرض»[(٥)].

هذا هو مذهب الشافعية، والحنابلة.

أما الحنفية، والمالكية فلم أرَ لهم ـ بجهدي المتواضع ـ نصًّا صريحًا في هذه المسألة، غير أن مقتضى مذهب الحنفية، والمالكية يوافق القول بالصحة عندي.

---

(١) الفروع، ج٤، ص٧٠، الإنصاف، ج٥، ص٥٩، تصحيح الفروع، ج٤، ص٧٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٨٠.

(٢) المراجع عدا الفروع.

(٣) ج٥، ص٥٩، وكذلك قاله في تحصيح الفروع، ج٤، ص٧٠.

(٤) الفروع، ج٤، ص٧٠، الإنصاف، ج٥، ص٥٩، تصحيح الفروع، ج٤، ص٧٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٨٠، قلت: قد ورد عن الروياني من الشافعية ما يفيد عكس هذا القول؛ حيث جعل «محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته فإن جهلهما لم يجز قولًا واحدًا». تكملة السبيكي، ج١١، ص٤٠٠.

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٩ ـ ٤٠٠، وانظر في ذلك: فتح العزيز، ج٩، ص٨٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٦٠، المنهاج، ج٢، ص٨٢، ومعه مغني المحتاج نفس الجزء والصفحة، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٣.

وبيان ذلك:

أنَّ الحنفية قد ذكروا أنَّ الشخص إذا «اشترى أرضًا فيها أشجارٌ وعليها ثمار، وقال في البيع بثمارها فأكل البائع الثمار سقطت حصةُ الثمار من الثمن، ويخير المشتري في أخذ الباقي.. لأنه لما قال بثمارها صار الثمر مبيعًا مقصودًا.. ولو كان في الأرض زرعٌ فباع الأرض بدون الزرع، أو الزرع بدون الأرض جاز»[(١)].

وقياس هذا أنه لو باع الأرض مع البذر جاز.

وكذلك مقتضى مذهب المالكية: القول بالصحة؛ لأنهم إذا قالوا بدخول البذر في بيع الأرض عند الإطلاق، فمن باب أولى أنهم يقولون بدخوله إذا باع الأرض مع البذر. والله أعلم...

أدلة القول الأول:

استدل له بأنه:

لا يصح البيع في البذر للجهالة[(٢)].

ولأنه لا يجوز بيعه منفردًا فلم يجز بيعه مع الأرض[(٣)].

ولأنه مقصود في نفسه[(٤)]، فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز[(٥)].

---

(١) فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٤٤.
(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٩، المغني، ج٤، ص٨٥.
(٣) المهذب، ج٢، ص٢٨٧.
(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٩، المغني، ج٤، ص٨٥.
(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٩.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن البذر يدخل تبعًا في البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبدًا فاشترط ماله[١].

الدليل الثاني: أنه «يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعًا في البيع، ولا تضر جهالتها، ولا تجوز مفردة»[٢].

دليل القول الثالث:

الفقهاء الذين أوردوا القول الثالث لم يذكروا له دليلًا. ويمكن الاستدلال له بأنه إذا ذكر قدر البذر وصفته صحَّ البيع، لعدم الجهالة حينئذٍ، وإن لم يذكر ذلك فلا يصح للجهالة.

وأما تفريع الشافعية على القول ببطلان البيع في البذر أنه يبطل البيع في الأرض على إحدى الطريقتين عندهم فقد استدلوا له:

أنه يبطل البيع في الجميع للجهل بأحد المقصودين، وتعذر توزيع الثمن على البذر والأرض[٣].

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول بالصحة، وذلك لقوة ما استدل به له ووجاهته والقول به فيه تصحيح للعقد، وتيسير في التطبيق، وقطع لدابر الخصام والمنازعة، خاصةً أنه قد ذكر في العقد صريحًا، فينتظمه العقد،

---

(١) المغني، ج٤، ص٨٥ - ٨٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢.
(٢) المغني، ج٤، ص٨٦.
(٣) فتح العزيز، ج٩، ص٨٥.

ويصح وإن كان في البذر جهالةٌ، لأنه يفتقر في التوابع ما لا يفتقر في غيرها.

وأما ما استدل به على عدم الصحة فيناقش بما ذكر في الدليل الثاني من أدلة القائلين بالصحة وهو أنه:

يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعًا في البيع، ولا تضر جهالتها، ولا تجوز مفردة.

والله أعلم...

* * *

المطلب الخامس: حكم ثبوت الخيار عند عدم دخول الزرع والبذر في بيع الأرض:

تحدّث ابن قدامة رحمه الله عن حكم الخيار إذا لم يدخل الزرع أو البذر في بيع الأرض فقال في أثناء حديثه عن حكم البذر:

«وإن لم يعلم المشتري بذلك فله الخيارُ في فسخ البيع وإمضائه؛ لأنه يفوت عليه منفعة الأرض عامًا.

فإن رضي البائع بتركه للمشتري أو قال: أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري؛ لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيرًا بالترك فلزمه قبوله، لأن فيه تصحيحًا للعقد، وهذا مذهب الشافعي[(١)].

---

(١) ينظر في ذلك: فتح العزيز، ج٩، ص٢٠، ٢٢، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧، ٥٣٩، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٩٤، ٣٩٩.

وإن اشترى أرضًا فيها زرعٌ للبائع، أو شجرًا فيه ثمر للبائع، والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمرَ له فله الخيار أيضًا كما لو جهل وجوده؛ لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضًا عن الأرض والشجر بما فيهما فإذا بان خلاف ذلك ينبغي أن يثبت له الخيار، كالمشتري للمعيب يظنه صحيحًا.

وإن اختلفا في جهله لذلك: فالقول قول المشتري إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عاميًّا، فإن هذا مما يجهله كثيرٌ من الناس، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله، لأن الظاهر أنه لا يجهله»[١].

* * *

المطلب السادس: حكم دخول الحجارة وما في حكمها في بيع الأرض:

الحجارة في الأرض قد تكون مخلوقة، أو مثبتة فيها، وقد تكون مدفونة[٢] مودعة في الأرض للنقل منها.

فإن كانت مخلوقةً في الأرض، أو مثبتة فيها، دخلت في بيع الأرض[٣]؛ لأنها من أجزائها فهي كحيطانها وترابها[٤].

---

(١) المغني، ج٤، ص٨٦.

(٢) قيل عن ذلك: كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها. «تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٤».

(٣) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٧، الفروق، ج٣، ص٢٨٤، تهذيب الفروق الجزء نفسه، ص٢٨٧، الخرش على مختصر خليل، ج٥، ص١٨١، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢، الوجيز، ج١، ص١٤٨، فتح العزيز، ج٨، ص٢٣، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، المنهاج، ج٢، ص٨٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣٧٠، فتح المعين، ج٣، ص٤٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٤، المغني، ج٤، ص٨٨، الإقناع، ج٢، ص١٢٥.

(٤) مغني المحتاج، ج٢، ص٨٢ ـ ٨٣، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٤، المغني، ج٤، ص٨٨.

فإن كانت تضر بالزرع والغرس، فهو عيبٌ[١] إن كانت الأرض تقصد لذلك[٢].

ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ، وأخذ الثمن، أو الإمساك وأخذ أرش العيب كما في سائر المبيع[٣].

وأما إن كانت الحجارة أو الآجر ونحو ذلك[٤] مدفونًا في الأرض

---

(١) في مذهب الشافعية وجه ضعيف: أنه ليس بعيب، وإنما هو فوات فضيلة. (فتح العزيز، ج٨، ص٢٤ن روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩).

(٢) فتح العزيز، ج٨، ص٢٣، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٣، المغني، ج٤، ص٨٨، الإقناع، ج٢، ص١٢٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٧.

وذكر السبكي: أن الحجارة المخلوقة في الأرض تدخل في البيع، وهي على ثلاثة أضرب:

الأول: أن يضر بالزرع والغرس جميعًا فهي عيبٌ، إذا كانت مما يقصد لذلك.

الثاني: يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس إليه دون الزرع فوجهان: أحدهما: أنه عيب، والثاني أنه ليس بعيب.

قال الماوردي: والأصحُّ عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب، وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب؛ لأن العرف المعتاد يجري مجرى الشرط.

الضرب الثالث: أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ولا خيار للمشتري. (تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٢).

(٣) المغني، ج٤، ص٨٨، الإقناع، ج٢، ص١٢٥، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٤..

(٤) مثل: أحجار المرمر والكزان والبلاط كما في حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٧، ومثل البئر والجب والرخام، كما في مواهب الجليل، ج٤، ص٤٩٥، ومثل الكنز كما في المقنع، ج٢، ص٧٨.

مودعًا فيها للنقل منها فلا تدخل في البيع[1]، وهي للبائع عند الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

وعللوا لذلك: بأنها مودعة في الأرض كالكنوز، وكالفرش والستور في الدار[5].

وأما المالكية فقد فصلوا في ذلك فقال محمد بن رشد رحمه الله تعالى:

«هذا الاختلاف إنما هو في المجهول الذي لا يعلم صاحبه، وأما إنْ ثبت أنَّ ما وجد مغيبًا في الأرض أنه من متاع البائع، أو من متاع مَنْ ورثه عنه فلا اختلاف في أنه له.. وكذلك إن ثبت أن البئر أو الجب[6] أو البيت

---

(١) حايشة ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٧، تعليق على البحر الرائق، ج٥، ص٣١٧، الفروق، ج٣، ص٢٨٤، تهذيب الفروق الجزء نفسه، ص٢٨٧، مواهب الجليل، ج٤، ص٤٩٥، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨١، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢، الوجيز، ج١، ص١٤٨، فتح العزيز، ج٨، ص٢٣، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، المنهاج، ج٢، ص٨٣، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣٧٠، المقنع، ج٢، ص٧٨، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٤، المغني، ج٤، ص٨٨، المبدع، ج٤، ص١٥٨.
وينبغي أن يلاحظ أن القرافي قد ذكر: أن الأحجار المدفونة في الأرض لا تدخل في البيع إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها، فقال في الفروق، ج٣، ص٢٨٤، في أثناء بيانه ما يدخل في الأرض تبعًا ما نصه: «تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها».

(٢) حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٤٧، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، ص٢٨٧.

(٣) فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧، المنهاج، ج٢، ص٨٣.

(٤) المغني، ج٤، ص٨٨، الإقناع، ج٢، ص١٢٥.

(٥) تعليق على البحر الرائق، ج٥، ص٣١٧، فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٧، المغني، ج٤، ص٨٨، المبدع، ج٤، ص١٥٨، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٤.

(٦) قال صاحب القاموس المحيط في: فصل الجيم باب الباء، ج١، ص٤٣، ما نصه: «الجب بالضم: البئر، أو الكثير الماء البعيدة القعر، أو الجيدة الموضع من الكلا، أو التي لم تطوَ، أو مما وجد لا مما حضره الناس». وفي مختار الصحاح، ص٩١ ما نصه: «(الجب) البئر التي لم تطوَ، قلت: معناه: لم تبن بالحجارة». =

الموجود تحت الأرض من عمل البائع كان نسِيه، أو من عمل من ورثه عنه، فلا اختلاف في أن للبائع أن ينقض البيع.

وجه القول الأول في المجهول أنه لمن وجد ذلك في أرضه هو:

أن البائع لم يثبت له عليه ملك، وقد باع الأرض ولا يعلم ما في داخلها، فوجب ألا يكون للبائع حجة على المبتاع فيما وجده المبتاع فيها مما ينتفع به، كما لا يكون للمبتاع حجة على البائع فيما وجده فيها من جبل يمنعه من أن يحدث فيها ما يحتاج إليه من جب أو بئر أو غراس.

ووجه القول الثاني:

أن ما وجد في الأرض مما يعلم أنه محدث فيها من جب أو بئر، أو موضوع فيها من صخر أو عمد أو رخام، فإنه محمول على أنه للبائع؛ إذ لعله قد انتقل إليه بميراث لم يعلم به، وما أشبه ذلك، فوجب ألا يسقط حقه فيه جهله به، وإنْ علم أنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وهذا القول أظهر، والله أعلم، وبه التوفيق»[١].

بقي التفريع على القول بأن الحجارة لا تدخل في البيع، وتكون للبائع:

يتفرع[٢] على ذلك بأن المشتري إنْ كان عالمًا بذلك، فلا خيار له في فسخ العقد[٣].

= والذي يظهر لي أن مراد المالكية بالجب هنا غير ذلك؛ لأن ابن رشد قد ذكر في الصفحة التي قبل هذا الموضع ما نصه: «... وعلى قياس أحد قولي ابن القاسم في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الأقضية: في الذي يجد في أرضه جبًّا وباب الجب في أرض غيره أن له أن يأخذ ما كان منه في أرضه وينتفع به ويسده فيما بينه وبين صاحبه، ولا يستحقه صاحبه بالباب».

(١) البيان والتحصيل، ج٨، ص٩٤.

(٢) هذه التفريعات نصَّ عليها الشافعية، وأشار إليها الحنابلة، ولم أرَ بجهدي المتواضع نصًّا للحنفية والمالكية فيها.

(٣) الوجيز، ج١، ص١٤٨، فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، =

وله إجبار البائع على نقلها، وتسوية حفر الأرض[١] الحاصلة بالقلع[٢]؛ لأنه ضررٌ لحق المشتري بسبب البائع، فكان عليه إزالته[٣].

ولأن على البائع تسليمَ المبيع سليمًا، ولا يمكن إلا بذلك فوجب[٤].

ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل[٥]، كما لو اشترى دارًا فيها أقمشة يعلمها، فلا أجرة له في مدة نقلها[٦].

ولأنه علم بذلك ورضي، فأشبه ما لو اشترى أرضًا فيها زرع[٧].

وإن كان المشتري جاهلًا، فللحجارة مع الأرض، أربع حالات:

الحالة الأولى: أن لا يكون في قلعها ولا في تركها ضررٌ، بأن لا يحوج النقل وتسوية الأرض إلى مدة لمثلها أجرة، ولا تنقص الأرض بها، فعلى البائع النقل، وعليه تسوية الأرض.

ولا خيار للمشتري، وله مطالبة البائع بنقلها في الحال[٨].

=المنهاج، ج٢، ص٨٣، المغني، ج٤، ص٨٩، الإقناع، ج٢، ص١٢٥، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٤..

(١) المغني، ج٤، ص٨٩.

(٢) جاء في مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، نقلًا عن «المطلب» قوله: بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه، أي: وإن لم يسو؛ إذ يبعد أن يقال يسويها بتراب آخر من مكان خارج أو مما فيها، لأن في الأول إيجاب عين لم تدخل في البيع، وفي الثاني تغيير المبيع».

(٣) فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، المغني، ج٤، ص٨٨.

(٤) المغني، ج٤، ص٨٨.

(٥) كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٤.

(٦) فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩، المغني، ج٤، ص٨٩.

(٧) فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٣٩.

(٨) فتح العزيز، ج٨، ص٢٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، فتح الوهاب، ج١، ص١٨٠، المغني، ج٤، ص٨٩.

لأنه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع فإن له أمدًا ينتظر[١].

فإن «تقاعد عن ذلك كان للمشتري الخيار.

قال ابن الرفعة: وقد يقال: بل يجبر على ذلك.. لأن في ذلك محافظةً على إتمام العقد»[٢].

الحالة الثانية: أن لا يكون في قلعها ضررٌ، ويكون في تركها ضررٌ.

فالحكم أنه يؤمر البائع بالنقل.

ولا خيار للمشتري، قياسًا على ما إذا اشترى دارًا، فلحق سقفها خللٌ يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت منسدَّةَ البالوعة، فقال البائع: أنا أصلح الخلل وأنقي البالوعة، لا خيار للمشتري فكذلك ههنا[٣].

الحالة الثالثة: أن يكون القلع والترك مضرين، فللمشتري الخيار سواء جهل أصل الحجارة، أو كون قلعها مضرًا ولا يسقط خياره بترك البائع الأحجار، لما في نقلها من الضرر[٤].

فإن اختار المشتري إمضاء البيع، لزم البائع النقل، وتسوية الأرض[٥]، سواء كان النقل قبل القبض أو بعده[٦].

---

(١) المغني، ج٤، ص٨٩.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٠٩.

(٣) فتح العزيز، ج٨، ص٢٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٠٦.

(٤) فتح العزيز، ج٨، ص٢٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، فتح الوهاب، ج١، ص١٨٠، المغني، ج٤، ص٨٩، الإقناع، ج٢، ص١٢٥، وهل يسقط خيار المشتري بأن يقول البائع له: لا تفسخ لأغرم لك أجرة المثل لمدة النقل؟ فيه وجهان عند الشافعية. ينظر في ذلك فتح العزيز، ج٨، ص٢٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠.

(٥) فتح العزيز، ج٨، ص٢٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥، المغني، ج٤، ص٨٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤١، الإقناع، ج٢، ص١٢٥، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٤.

(٦) فتح العزيز، ج٨، ص٢٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، فتح الوهاب، ج١، ص١٨٠.

وهل تجب للمشتري أجرة المثل لمدة النقل إذا نقل البائع في مدة لمثلها أجرة؟

فيه ثلاثة أقوال:

القول الأول: تجب، وهو وجه في مذهب الشافعية[١]، وأحد الوجهين عند الحنابلة[٢].

وعلّلوا لذلك:

بأن المنافع مضمونة على المتلف، فكان عليه بدلها[٣]، وكما لو جنى على المبيع بعد القبض، عليه ضمانه[٤].

القول الثاني: لا تجب له أجرة لمدة النقل، وهو وجه في مذهب الشافعية[٥]، وأحد الوجهين في مذهب الحنابلة[٦].

وعلّلوا له:

بأن المشتري لَمَّا رضي بإمساك المبيع، رضي بتلف المنفعة في زمان النقل[٧].

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص٢٥، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣.
(٢) المغني، ج٤، ص٨٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤١.
(٣) المصدران السابقان نفس الجزء والصفحة في كل منهما.
(٤) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠.
(٥) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥.
(٦) المغني، ج٤، ص٨٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤١.
(٧) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥، المغني، ج٤، ص٨٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤١.

القول الثالث: الفرق بين أن يكون النقلُ قبل القبض، فلا تجب الأجرة وأن يكون النقل بعد القبض فتجب الأجرة، وهو الأظهر عند الشافعية[(١)].

وعلّلوا له:

بأن التفريغ المفوت للمنفعة مدة جناية من البائع، وهي مضمونة عليه بعد القبض؛ لأنها كجناية الأجنبي، وليست مضمونة عليه قبل القبض، لأنها كالآفة السماوية[(٢)].

ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان وعيب[(٣)].

الحالة الرابعة: أن يكون في قلعها ضررٌ، وليس في تركها ضررٌ. فللمشتري الخيار، فإن اختار إمضاء البيع، ففي وجوب الأجرة والأرش ما سبق من الخلاف. وإن اختار المشتري فسخ البيع، فقال البائع أنا أدع ذلك لك، سقط خيار المشتري[(٤)].

لأن الضرر قد زال عنه بتركها له[(٥)].

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٠، المنهاج، ج٢، ص٨٣، فتح الوهاب، ج١، ص١٨٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥.

(٢) المصادر السابقة الأجزاء والصفحات أنفسها.

(٣) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤١، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣، فتح الوهاب، ج١، ص١٨٠، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥، وقد تكلم في هذا السبكي وأطال. ينظر ذلك في تكملته للمجموع، ج١١، ص٣٠٠ وما بعدها.

(٤) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤١، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٠٧، المغني، ج٤، ص٨٩، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٤١.

(٥) المغني، ج٤، ص٨٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤١.

ولأن في ذلك إبقاءً للعقد من غير ضررٍ على المشتري[١].

وما ذكر في الأحوال السابقة هو فيما إذا كانت الأرض بيضاء.

«أما إذا كان فيها غراس فينظر:

إنْ كانت حاصلة يوم البيع، واشتراها مع الأرض فنقصان الأشجار وتعيبها بالأحجار كتعيب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام.

وإنْ أحدثها المشتري بعد الشراء فينظر:

إنْ أحدثها عالمًا بالأحجار فعلى البائع قلعها، وليس عليه ضمانُ نقصان الغراس.

وإنْ أحدثها جاهلًا، ففي ثبوت الخيار وجهان:

وجه الثبوت: أن الضرر ناشئٌ من إيداعه الأحجار في الأرض.

والأصح: أنه لا يثبت، لرجوع الضرر إلى غير المبيع، فإن كانت الأرض تنقص بالأحجار أيضًا نظر: إنْ لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانًا في الأرض فله القلع والفسخ.

وإنْ أورث الغراس أو القلع نقصانًا فلا خيار في الفسخ؛ إذ لا يجوز ردُّ المبيع ناقصًا، ولكن يأخذ الأرض، وإذا قلع البائع الأحجار، فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف»[٢].

وأما إذا كان في الأرض التي فيها أحجار زرع للبائع أو للمشتري فإنه:

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص٢٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤١، تكملة السبكي، ج١١، ص٣٠٧، وإن اقتصر البائع على قوله: تركتها، فهل هو تمليك أو مجرد إعراض لقطع الخصومة؟ فيه خلاف ينظر في المراجع الآنفة الذكر.

(٢) فتح العزيز، ج٨، ص٢٧ ـ ٢٨، وقد ورد مثله في روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤١، وينظر في ذلك: تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٠٩ ـ ٣١٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٣ ـ ٨٤.

«يترك إلى أوان الحصاد؛ لأن له غاية منتظرة بخلاف الغراس.

ومنهم من سوَّى بينه وبين الغراس»[١].

* * *

المطلب السابع: حكم دخول المعادن في بيع الأرض:

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: معنى المعادن.

الفرع الثاني: أنواع المعادن.

الفرع الثالث: حكم دخول المعادن في بيع الأرض.

الفرع الأول: معنى المعادن:

المعادن: جمع معدن، والمعدن من العدن، وهو الأقامة، يقال: عدن بالمكان، إذا أقام به.

والمعدن: المكان الذي يثبت فيه الناس، فلا يتحول عنه أهله شتاءً ولا صيفًا، ومعدن كل شيء أصلُه، ومنه قوله ﷺ: «فعن معادن العرب تسألوني. قالوا نعم..». الحديث متفق عليه[٢]، أي: أصولها التي ينتسبون إليها ويتفاخرون بها.

والمعادن: المواضع التي تستخرج منها جواهر الأرض كالذهب والفضة

---

(١) فتح العزيز، ج٨، ص٢٨.

(٢) أخرجه البخاري، ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. صحيح البخاري كتاب: أحاديث الأنبياء، باب قول الله تعالى: (لقد كان في يوسف وأخوته آيات للسائلين)، ج٤، ص١٨٢. ومسلم في صحيحه، كتاب الفضائل، باب من فضائل يوسف ﷺ، ج١٥، ص١٣٤ (صحيح مسلم بشرح النووي).

والنحاس وغير ذلك، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركّبها الله تعالى في الأرض يوم خلق الأرض، حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداء بلا قرينة(١).

والفقهاء يطلقون لفظ «المعادن»، ويريدون به أحدَ شيئين:

الأول: البقعة التي تستخرج منها الجواهر، من ذهب وفضة ونحاس وغيرها(٢).

الثاني: نفس الجوهر المستخرج من الأرض بعمل وتصفية، كالذهب والفضة والحديد(٣).

الفرع الثاني: أنواع المعادن:

يقسم الفقهاء المعادن باعتبار أماكن وجودها إلى:

معادن ظاهرة، ومعان باطنها.

(١) القاموس المحيط، ج٤، ص٢٤٦ ـ ٢٤٧، مختار الصحاح، ص٤١٨، النهاية في غريب الحديث والأثر، ج٣، ص١٩٢، فتح القدير لابن الهمام، ج١، ص٥٣٧.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٩٧، مغني المحتاج، ج١، ص٣٩٤، نهاية المحتاج، ج٣، ص٩٦، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٥، حاشية الروض المربع، ج٣، ص٢٣٧.

(٣) العناية شرح الهداية، ج١، ص١٣٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص١١٩، حاشية الدسوقي، ج١، ص٤٨٩، مغني المحتاج، ج١، ص٣٩٤، نهاية المحتاج، ج٣، ص٩٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج١، ص٣١٢، الإقناع، ج١، ص٢٦٦، حاشية الروض المربع، ج٣، ص٢٣٧، وينظر في ذلك: الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي، ج١، ص٣٤٧، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة للشيخ الدكتور عبد العزيز العبد المنعم، ص١٩٤.

والمعادن الظاهرة:

هي المعادن التي يكون جوهرها المستودع فيها بارزًا، فهي تتميز عن الأرض، ويوصل إليها من غير مؤنة[(١)].

والمعادن الباطنة:

هي المعادن التي يكون جوهرها مستكنًا فيها، فلا تتميز عن الأرض، ولا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة[(٢)]، كمعادن الذهب والفضة.

ويقسمونها بالنظر لذاتها وطبيعتها إلى:

معادن جامدة، ومعادن مائعة أو جارية.

ويقسمون الجامدة إلى:

معادن منطبعة كالذهب والفضة والنحاس، ومعادن غير منطبعة كالماس والياقوت والزمرد[(٣)].

الفرع الثالث: حكم دخول المعادن في بيع الأرض:

فرق الفقهاء في أثناء بيانهم لأحكام المعادن بين أنواع الأراضي التي توجد فيها هذه المعادن:

أهي أراضٍ مملوكةٌ، أم أراض تابعة لبيت المال، أم أراض مباحة.

---

(١) الدر المختار، ج٦، ص٤٣٣ ـ ٤٣٤، الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٩٧، المنهاج، ج٢، ص٣٧٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٥، المغني، ج٥، ص٥٧١.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي، ص١٩٧، المنهاج، ج٢، ص٣٧٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٦، المغني، ج٥، ص٥٧٢.

(٣) تحفة الفقهاء، ج١، ص٣٢٩، الدر المختار، ج٢، ص٣١٨ ـ ٣١٩، حاشية ابن عابدين، ج٢، ص٣١٩، الفتاوى الهندية، ج١، ص١٨٤، المغني، ج٥، ص٥٧٣، الإقناع، ج١، ص٢٦٧، الإنصاف، ج٣، ص١١٩، كشاف القناع، ج٣، ص١٦٠ ـ ١٦١، شرح منتهى الإرادات، ج١، ص٣٩٧.

والذي ينبغي التحدث عنه هنا هو بيان حكمها في الأراضي المملوكة للأفراد.

كما ينبغي التنبيه إلى أن حكم دخولها في بيع الأرض، هو تابع لملكيتها في الأرض، أهي تملك بملكية الأرض، أو لا تملك بملكية الأرض؟

إذا علم هذا؛ فإن الفقهاء اختلفوا في حكمها على أقوال:

القول الأول: أنَّ المعادن تملك بملك الأرض التي هي فيها، سواء أكانت ظاهرة أم باطنة.

وبهذا قال: الحنفية[(١)]، والظاهرية[(٢)]، والإمام مالك في رواية عنه[(٣)]، وهو قول عند الشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)].

وبناءً على هذا القول فإن المعادن تدخل في بيع الأرض[(٦)].

القول الثاني: أنَّ المعادن لا تملك بملك الأرض التي هي فيها، بل هي لجميع المسلمين، يفعل فيها الإمام ما يراه مصلحة لهم.

---

(١) تحفة الفقهاء، ج١، ص٣٣١، بدائع الصنائع، ج٢، ص٦٨، الهداية، ج١، ص٥٤٠، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٢، ص٣١٩، ٣٢١.

(٢) المحلىٰ، ج٦، ص١٥٠.

(٣) المقدمات الممهدات، ص٢٢٥، الفروق، ج٣، ص٢٨٤، تهذيب الفروق الجزء نفسه، ص٢٨٨، منح الجليل، ج٢، ص٧٨.

(٤) المهذب، ج١، ص٢٨٥، فتح العزيز، ج٩، ص٣٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٥، المجموع، ج٦، ص٧٧، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٢٧٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٤، المغني، ج٤، ص٩٠، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٠، المبدع، ج٤، ص٢٢.

(٦) بدائع الصنائع، ج٢، ص٦٨، الهداية، ج١، ص٥٤٠، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٢، ص٣٢١، الفروق، ج٣، ص٢٨٤، تهذيب الفروق نفس الجزء والصفحة، الشرح الكبير للدردير، ج٣، ص١٧١.

وبهذا قال الإمام في المشهور عنه[١].

القول الثالث: أن المعادن تملك بملك الأرض التي هي فيها، إلا الذهب والفضة فأمرهما للإمام، وهذا قول عند المالكية[٢].

وبناءً على هذا القول: تدخل المعادن في بيع الأرض إلا معادن الذهب والفضة فلا تدخل.

القول الرابع: تملك المعادن الجامدة بملك الأرض، ولا تملك المعادن الجارية، وهذا هو المشهور عند الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وبناءً على هذا القول: تدخل المعادن الجامدة في البيع، ولا تدخل المعادن الجارية.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل له بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[٥].

وجه الدلالة من الآية:

أن الآية صريحةٌ في تحريم أكل مال الغير بالباطل، والمعدن مال في

(١) المقدمات الممهدات، ص٢٢٤، مختصر خليل، ج٢، ص٧٨، الشرح الصغير، ج١، ص٤٨٣، منح الجليل، ج٢، ص٧٨، بلغة السالك، ج١، ص٤٨٣.
(٢) حاشية الدسوقي، ج١، ص٤٨٧، منح الجليل، ج٢، ص٧٨.
(٣) المهذب، ج١، ص٢٨٥، فتح العزيز، ج٨، ص٣٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٥، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٢٧٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٠ ـ ٢٩١.
(٤) المغني، ج٤، ص٩٠، المبدع، ج٤، ص٢٢، الإنصاف، ج٤، ص٢٩٠.
(٥) سورة البقرة، آية: ١٨٨.

الأرض المملوكة فهو مملوك بملكيتها، وذلك أن المعدن الموجود في الملك الخاص هو جزء من الأرض المملوكة ملكًا خاصًا، وجعله لغير مالك الأرض، أكل لأموال الناس بالباطل، فيكون منهيًا عنه[(١)].

الدليل الثاني: قوله ﷺ: «إنَّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام». متفق عليه[(٢)].

قال ابن حزم رحمه الله:

«مَنْ خرج في أرضه معدن فضة أو ذهب.. أو أي شيء كان فهو له، ويورث عنه وله بيعه، ولا حق للإمام معه فيه، ولا لغيره»[(٣)].

الدليل الثالث: قوله ﷺ: «من ظلم شبرًا من الأرض طوقه يوم القيامة من سبعة أرضين». متفق عليه[(٤)].

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث يشعر بأن من ملك شبرًا من الأرض ملك ما تحت ذلك الشبر إلى الأرض السابعة[(٥)]، وأنه يملك الأرض بما فيها من معادن ونحوها.

قال ابن حجر رحمه الله في بيان ما يستفاد من هذا الحديث:

---

(١) المعدن والركاز للدكتور يوسف الشال، ص٧٤، مصادر تملك الأرض، ص٥٤٨..

(٢) الحديث أخرجه البخاري، ومسلم من حديث عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه عن النبي ﷺ، صحيح البخاري كتاب العلم، باب: قول النبي ﷺ: «رب مبلغ أوعى من سامع»، ج١، ص١٥٧ ـ ١٥٨، صحيح مسلم كتاب القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، ج١١، ص١٧٠، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٣) المحلىٰ، ج٩، ص١٠٠.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: المظالم، باب: أثم من ظلم شيئًا من الأرضن ج٣، ص١٧٠، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، ج١١، ص٥٠، (صحيح مسلم بشرح النووي).

(٥) الفروق، ج٤، ص١٧، إدرار الشروق على أنواء الفروق، نفس الجزء والصفحة.

«وفي الحديث تحريم الظلم والغصب وتغليظ عقوبته، وإمكان غصب الأرض.. وأن من ملك أرضًا ملك أسفلها إلى منتهى الأرض، وله أن يمنع من حفر تحتها سربًا أو بئرًا بغير رضاه، وفيه أن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها بما فيها من حجارة ثابتة وأبنية ومعادن وغير ذلك، وأنَّ له أن ينزل بالحفر ما شاء ما لم يضر بمن جاوره»[(١)].

الدليل الرابع: أن المعادن من توابع الأرض؛ لأنها من أجزائها خلقت فيها ومنها، فإذا ملك الإنسان الأرض ملكها بجميع ما فيها، وتنتقل منه إلى غيره بتوابعها أيضًا كفروع الشجر وثمرته[(٢)].

المناقشة:

نوقش الاستدلال بالأدلة السابقة بأنه قائم على أن المعادن من أجزاء الأرض فتملك بملكية الأرض، وهذا غير مسلم:

لأن المعادن ليست متولدة من الأرض، وبالتالي فهي ليست جزءًا من أجزائها كما لا يصحُّ القول بأن المعادن من الأرض كالثمرة من الشجرة؛ لأن الثمرة امتداد طبيعي للشجرة، والمعادن ليست امتدادًا طبيعيًا للأرض حتى يصحَّ القياس[(٣)].

ولأن الشجر نابت في الأرض بعد الملك بخلاف المعادن؛ فإنها في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها[(٤)].

على أن بعض القائلين بهذا القول نفوا أن يكون المعدن جزءًا من أجزاء الأرض، قال ابن الهمام رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

---

(١) فتح الباري، ج٥، ص١٠٥.

(٢) بدائع الصنائع، ج٢، ص٦٨، الهداية، ج١، ص٥٤٠، العناية شرح الهداية، ج١، ص٥٤٠، حاشية ابن عابدين ج٢، ص٣٢١، المقدمات الممهدات، ص٢٢٥.

(٣) المعدن والركاز للدكتور يوسف الشال، ص٧٣ ـ ٧٤، الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية، ج٢، ص٢٧ ـ ٢٨.

(٤) المقدمات الممهدات، ص٢٢٥، الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص١٢٨.

«قد يمنع كون المعدن جزءًا من الأرض، ولذا لم يجز التيمم به، وتأويله بأنه خلق فيها مع خلقها لا يوجب الجزئية»[(١)].

أدلة القول الثاني:

القول الثاني يرى أصحابه أن المعادن لا تملك بملك الأرض، وبالتالي لا تدخل في بيع الأرض، وقد استدل لهذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أن المعادن التي في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها، فلم يجعل ذلك ملكًا لهم بملك الأرض، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَن يَشَآءُ مِنْ عِبَادِهِۦ﴾[(٢)]؛ إذ لم يقل: الأرض لله يورثها وما فيها من يشاء من عباده، فوجب بنحو هذا الظاهر أن يكون ما في جوف الأرض من المعادن فيئًا لجميع المسلمين بمنزلة ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب[(٣)].

الدليل الثاني: ما ورد من أن النبي ﷺ: أقطع لبلال بن الحارث المزني معادن من معادن القبلية[(٤)]. أخرجه الحاكم في المستدرك، وقال: هذا حديث صحيح، ولم يخرجاه[(٥)].

فدلَّ ذلك على أن الحكم في المعادن للإمام[(٦)].

---

(١) فتح القدير، ج١، ص٥٣٩.
(٢) سورة الأعراف، آية: ١٢٨.
(٣) المقدمات الممهدات، ص٢٢٥.
(٤) القبلية: نسبة لقبل موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة خمسة أيام. (تعليق وتحقيق محمد خليل هراس على كتاب الأموال لأبي عبيد، ص٢٥٤).
(٥) المستدرك، كتاب الزكاة، ج١، ص٤٠٤، وقد ورد معنى هذا الخبر في كتاب الأموال لأبي عبيد، ص٢٥٣.
(٦) المقدمات الممهدات، ص٢٢٥، الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي، ج١، ص٣٤٩، نزع ملكية العقار للمنفعة العامة للشيخ الدكتور عبد العزيز العبد المنعم، ص١٩٦.

الدليل الثالث: أنَّ المعادن يحتاجها الناس، ولا يستغنون عنها وقد يجدها شرارُ الناس، فإن تركت لهم تحاسدوا وتقاتلوا عليها وسفك بعضهم دماء بعض، فكان أمرها للإمام سدًّا لباب الفتن والقتال[(١)].

دليل القول الثالث:

يرى أصحاب القول الثالث أن المعادن تملك بملك الأرض إلا الذهب والفضة فأمرهما للإمام، ولعلَّ وجه هذا القول:

أن المعادن لما كانت ثابتةً في الأرض كانت لصاحب الأرض بمنزلة ما نبت فيها من الشجر ونحوه، وأما استثناء معادن الذهب والفضة فلعله مراعاة المصلحة؛ إذ إنَّها تدعو إلى هذا الاستثناء لشدة الرغبة فيهما، والتقاتل عليهما[(٢)].

ويناقش قياس المعادن على الشجر ونحوه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الشجر ونحوه نبت في الأرض بعد الملك بخلاف المعادن فإنها في جوف الأرض أقدم من ملك المالكين لها كما سبق بيانه عند مناقشة أدلة القول الأول.

أدلة القول الرابع:

أصحاب القول الرابع يفرِّقون بين المعادن الجامدة فتملك بملك الأرض والمعادن الجارية فلا تملك على الراجح. وقد استدلوا على أن المعادن الجامدة ملك لصاحب الأرض.

بأن المعادن الجامدة جزء من أجزاء الأرض فهي كترابها وأحجارها، فإذا ملك الأرض ملكها بجميع أجزائها وطبقاتها وهذه المعادن منها[(٣)].

---

(١) مواهب الجليل، ج٢، ص٣٣٥، حاشية الدسوقي، ج١، ص٤٨٧، منح الجليل، ج٢، ص٨٧.

(٢) الأموال المباحة، ج٢، ص٢٣.

(٣) المهذب، ج١، ص٢٨٥، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٠، المغني، ج٤، ص٨٩، ج٥، ص٥٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٧.

ويناقش هذا الدليل:

بأنه قائمٌ على أن المعادن الجامدة من أجزاء الأرض، وقد سبق في مناقشة أدلة القول الأول عدم التسليم بذلك.

وأما المعادن الجارية فعلى الراجح هي مباحة لا تملك بملك الأرض، وقد استدلوا له: بأنها ليست من أجزاء الأرض، فلم يملكها بملك الأرض كالكنز(١).

كما استدلوا على إباحة المعادن الجارية بالقياس؛ إذ قاسوا المعادن الجارية على الماء الجاري بجامع عموم نفعهما، فكما أنَّ الماء مباحٌ بقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلأ، والنار»(٢)، فكذلك المعادن الجارية تكون مباحة.

المناقشة:

نوقش قياسُهم المعادن الجارية على الماء الجاري بأنه قياس مع الفارق:

وذلك أن إباحة الماء معللة بضرورة النفع بالماء لكل كائن حيٍّ بخلاف المعدن الجاري فإن بعض الناس هم الذين يحتاجونه(٣).

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته يترجح ـ والله أعلم ـ القول بأن المعادن في الأرض المملوكة

---

(١) المغني، ج٥، ص٥٧٣.

(٢) المغني، ج٤، ص٩٠، ج٥، ص٥٧٣، كشاف القناع، ج٢، ص٢٢٢، ج٣، ص١٦٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٤٥، وأما الحديث فقد سبق تخرجه، ص١٠٥.

(٣) مصادر تملك الأرض، ص٥٥٠، المعدن والركاز، ٧٥ ـ ٧٦، الأموال المباحة، ج٢، ص٢٩.

لا تكون ملكًا لصاحب الأرض، بل أمرها للإمام يفعل فيها ما يراه مصلحة للأمة، وبالتالي فهي لا تدخل في عقد بيع الأرض وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدلَّ به لهذا القول ووجاهة تلك الأدلة، ولم أطلع على مناقشة لها.

السبب الثاني: أن أدلة الأقوال الأخرى لا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه؛ حيث نوقشت تلك الأدلة.

السبب الثالث: أن القول بجعل أمر المعادن للإمام يحقق المصلحة العامة للناس جميعًا، وبعكس ذلك لو أبيح للأفراد تملكها ـ مع ضخامة ما تدره من دخل ـ لم يكن هناك توازن بين العمل والجزاء، وهذا يؤدي إلى الخلل الاقتصادي والاجتماعي اللذين يحاربهما الإسلام[١].

فملكية المعادن للآحاد «تؤدي إلى أن يكون في الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيرًا يتفق مع ما بذلوا من كَدٍّ ولُغوب والثروة لا تكون موزعة توزيعًا عادلًا متناسبًا يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة؛ إذ بعض الناس يملكون القناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث.. وبجوار هؤلاء الرافهين بزخرف الحياة الدنيا وزينتها قوم لا يجدون ما يبتغون به، قد علتهم صفرةٌ ترهقها من شدة الجوع والفاقة فكان من العدل أن تكون المعادن، وهي تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكًا للدولة، وتوزع أنزالها على الفقراء والمساكين والغارمين، وفي سبيل الله، وابن السبيل»[٢]. وبالله التوفيق.

---

(١) الأموال المباحة، ج٢، ص٣١.

(٢) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص١٢٧ ـ ١٢٨.

وبعد معرفة أقوال الفقهاء في حكم دخول المعادن في بيع الأرض، بقي معرفة حكم إثبات الخيار على القول بدخول المعادن في بيع الأرض.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ مبينًا ذلك:

«وإنْ ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار؛ لأنه زيادة لم يعلم بها، فأشبه ما لو باعه ثوبًا على أنه عشرة فبان أحدَ عشرَ».

هذا إذا كان قد ملك الأرض بإحياء أو إقطاع، وقد رُوي «أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضًا فظهر فيها معدن، فقالوا: إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن، وأتوا عمر بن عبد العزيز بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي ﷺ لأبيهم، فأخذه عمر فقبَّله ورد عليهم المعدن»[(١)].

وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع:

احتمل أن لا يكون له خيار؛ لأن الحق لغيره وهو المالك الأول. واحتمل أن يكون له الخيار، كما لو اشترى معيبًا ثم باعه ولم يعلم عيبه، فإنه يستحق الرد عليه، وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه.

وقد روى أبو طالب عن أحمد: أنه إذا ظهر المعدن في مُلْكِه مَلِكَه، وظاهر هذا: أنه لم يجعله للبائع، ولا جعل له خيارًا، لأنه من أجزاء الأرض، فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة»[(٢)].

(١) أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال، ص٣٠٩.
(٢) المغني، ج٤، ص٨٩ ـ ٩٠.



المبحث الثالث

ما يدخل في بيع البستان والقرية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان.

المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية.

* * *

المطلب الأول: ما يدخل في بيع البستان:

البُستان: بالضم مُعرَّب بوستان يجمع على بساتين وبساتون[(١)].

والبستان: اسم للأرض والشجر والحائط، ولذلك لا تسمَّى الأرض المكشوفة بستانًا[(٢)].

---

(١) القاموس المحيط، فصل الباء، باب النون، ج٤، ص٢٠١، وفي مغني المحتاج: ج٢، ص٨٤، البستان: وهو فارسي معرب، وجمعه بساتين.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٣٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥ ـ ١٢٦، المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، المبدع، ج٤، ص١٦٠، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٧.
وعرفه الجرجاني في كتابه «التعريفات» ص٤٦، فقال: البستان: وهو ما يكون حائطًا فيه نخل متفرقة يمكن الزراعة وسط الأشجار، فإن كانت الأشجار ملتفة لا يمكن الزراعة وسطها فهي الحديقة.

إذا عُرف ذلك فإنه إذا قال البائع: بعتك هذا البستان[١].

يدخل في البيع أرض البستان وشجره[٢]، لما ذكر آنفًا من أن اسم البستان يتناول الأرض والشجر[٣].

وأما جداره المحيط به والبناء الذي فيه، فقد اختلف الفقهاء في حكم دخول ذلك في البيع من غير ذكر على أقوال:

القول الأول: يدخل الجميع في البيع، وبهذا قال الحنفية، والمالكية بناء على ما فهمته من المذهبين[٤].

وفي مختار الصحاح، ص١٢٦ ـ ١٢٧ عرف الحديقة بقوله: «الحديقة: الروضة ذات الشجر، وقيل: الحديقة كل بستان عليه حائط».

(١) قالوا: مثله في الحكم لفظ الكرم، كما في فتاوى قاضيخان، ج٢، ص٢٤٣، والفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٣؛ حيث جاء فيها: «إذا باع أرضًا أو كرمًا ولم يذكر الحقوق ولا المرافق ولا كل قليل وكثير؛ فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيها للتأبيد نحو الغراس والأشجار والأبنية كذا في الذخيرة».
وقال السبكي في تكملته للمجموع، ج١١، ص٣٢٢، بعد إيراده أن في المذهب خلافًا في دخول الأبنية في بيع البستان على طرق ما نصه: «ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم».

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٣٠، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٢، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣٧٠، منهج الطلاب، ج١، ص١٨٠، تكملة السبكي، ج١١، ص٣٢٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٤، ص٨٧، المبدع، ج٤، ص١٦٠، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦.

(٣) فتح العزيز، ج٩، ص٣٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢، المغني، ج٤، ص٨٧، المبدع، ج٤، ص١٦٠، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٧.

(٤) الحنفية والمالكية لم أرَ لهم بجهدي المتواضع نصًا صريحًا في لفظ «البستان» غير أنهم ذكروا ما يمكن استفادة الحكم منه، ففي المذهب الحنفي ذكروا أن كلَّ ما هو متناول اسم المبيع عرفًا يدخل بلا ذكر، وأن كل ما كان متصلًا بالمبيع اتصال قرار، وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر دخل تبعًا، كما جاء النص على هذا في: الدر المختار،=

وهو قول بعض الشافعية(١)، وهو الراجح عند الحنابلة(٢).

القول الثاني: يدخل الجدار الحائط بالبستان، وأمَّا الأبنية التي فيه فلا

=ج٤، ص٥٤٧، الدر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج٢، ص١٤٩، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٤، الدرر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة.

وبناءً على هذا يدخل حائط البستان، وما في داخله من بناء في بيعه، كما ذكروا أيضًا أنه إذا باع أرضًا أو باع كرمًا يدخل تحت البيع ما ركب فيها للتأبيد نحو الغراس والأشجار والأبنية كما في الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٣.

وفي القنية: شرى كرمًا دخل الوثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة في الأرض، وكذا الأعمدة المدفونة في الأرض التي عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل: بركائز الكرم، كما نقل ذلك عن القنية صاحب الدرر المختار، ج٤، ص٥٥١.

والكرم: العنب: أي بستان العنب، فإذا دخل الوثائل المشدودة والوثل بالتحريك الحبل من الليف، والمراد ما يعلق عليه الكرم كما في حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٥١، فمن باب أولى تدخل الحيطان والبناء في بيع البستان عند الحنفية. والله أعلم.

وأما المذهب المالكي فإنهم قد نصوا على أن البناء يدخل في بيع الأرض عند الإطلاق، ولم يختلفوا في ذلك كما سبق بيان مذهبهم في أول المبحث الثاني من هذا الفصل، بل ذهبوا إلى أكثر من ذلك؛ حيث قالوا: إن من اشترى بناء أو شجرًا فإنه يتناول الأرض التي قام بها الشجر أو البناء، بمعنى أنها تدخل معه في البيع إلا إذا أخرجها بالشرط، أو جرى عرف بإخراجها عرف أهل البلد، كما جاء ذلك صريحًا في كتبهم، ومنها: مختصر خليل، ج٥، ص٢٨١، الفروق، ج٣، ص٢٨٣، تهذيب الفروق، ج٣، ص٢٨٨، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١١، الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٠، مواهب الجيل، ج٤، ص٤٩٥، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨٠، سراج السالك، ج٢، ص١٣٦. وبناء على هذا فإنه إذا كان بيع الشجر أو البناء تدخل فيه الأرض فمن باب أولى إذا باع البستان دخل في البيع حائطه، وما في داخله من بناء عندهم. والله تعالى أعلم.

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٢١.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٢، الإقناع، ج٢، ص١٢٥ ـ ١٢٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٥٣٥، الروض المربع، ج٤، ص٥٣٥، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦، العمدة في فقه الشريعة الإسلامية، ص١١٠.

تدخل، وهذا ما جزم به الرافعي[(١)]، ومن وافقه من الشافعية[(٢)] في حائط البستان، وهو ما أشار إليه ابن قدامة في «المغني»[(٣)]، ونقله المرداوي في «الإنصاف»[(٤)] عن بعض الحنابلة.

القول الثالث: لا يدخل الجميع في بيع الأرض، وهذا إطلاق بعض الشافعية[(٥)].

القول الرابع: أنه إذا باعه بستانًا بحقوقه دخل البناء في البيع، وإن لم يقل بحقوقه لم يدخل، وهو وجه عند الحنابلة[(٦)].

والخلاف في هذه المسألة يشبه الخلاف في دخول البناء في بيع الأرض الذي سبق بحثه، ويترجَّح دخولُ الجميع في بيع البستان، لما سبق بيانه في ترجيح دخول البناء في بيع الأرض، ولأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء، كما قاله ابن عقيل رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٧)].

ولأن البستان وإن كان قد يخلو من البناء، ولكنه إذا كان مشتملًا عليه تناول اسمه جميع ذلك وهو كدخول الشجر في بيع الدار، وهو ههنا أقوى؛ لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار. والله تعالى أعلم.

* * *

---

(١) فتح العزيز، ج٩، ص٣٠.
(٢) روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٢، المنهاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٥.
(٣) ج٤، ص٨٧.
(٤) ج٥، ص٥٦.
(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٢١.
(٦) الإنصاف، ج٥، ص٥٦.
(٧) المغني، ج٤، ص٧٣.

المطلب الثاني: ما يدخل في بيع القرية:

إذا قال بعتك هذه القرية وأطلق، دخل في البيع: البناء والبيوت، والحصن إن كان بها حصنٌ، والسور الدائر عليها(١).

لأن ذلك هو مسمَّى القرية، وهي مأخوذة من «القر» وهو الجمع؛ لأنها تجمع الناس(٢).

كما يدخل في بيع القرية: الدكاكين، والساحات، والأرضون، التي يحيط بها السور(٣).

ولا تدخل الأبنية الخارجة عن السور المتصلة به(٤).

وأما الغراس بين بنيانها سواء كان في البيوت أو بينها، وما فيها من زرع، فحكم ذلك حكم الغرس والزرع في الأرض المبيعة(٥)، وقد سبق بيان

---

(١) فتح القدير، ج٥، ص٩٩، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٧، فتح العزيز، ج٩، ص٣١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٣، المنهاج، ج٢، ص٧٤، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٥، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣٧١، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦، منهج الطلاب، ج١، ص١٨٠، المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، الإقناع، ج٢، ص١٢٦، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦.
وينبغي التنبيه على أن ابن الهمام ذكر في فتح القدير، ج٥، ص٩٩: أن السور لا يدخل في بيع القرية؛ لأن السور يبقى على أصل الإباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع.
وقوله هذا محل نظر؛ لأن سور القرية داخل في مسمَّى القرية، وكل ما يتناوله اسم المبيع يدخل في البيع من غير ذكر، ولا يلزم من عدم قسمة السور القول بعدم دخوله في البيع.

(٢) المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦، شرح منهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٥.

(٤) مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦.

(٥) فتح العزيز، ج٩، ص٣١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٣، تكملة السبكي للمجموع،=

ذلك فلا أعيده هنا تجنبًا للإطالة. إلا أنه ينبغي التنبيه على أن بعض الفقهاء قد جزم بدخول الشجر في بيع القرية ولم يذكر فيه خلافًا، كما فعل الغزالي رحمه الله؛ حيث قال:

«لفظ الأرض.. لا تندرج تحتها الأشجار والبناء على أصح القولين... وأما اسم القرية... فيتناول البناء والشجر»[(١)].

قال السبكي رحمه الله بعد حكايته قول الغزالي هذا:

«وهو متجه؛ لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية: جميع ما فيها من بناء وشجر، وكذلك جزم الماوردي بدخول ما في خلال المساكن من النخل والشجر، وهو الحق.. لأن الأشجار مألوفة في القرى»[(٢)].

كما جزم بعض الحنابلة أيضًا بدخول الشجر في بيع القرية عند الإطلاق، جاء في «الإنصاف»[(٣)] ما نصه:

«لو كان في القرية شجرٌ بين بنيانها، ولم يقل «بحقوقها»، ففيه الخلاف المتقدم نقلًا ومذهبًا، وجزم في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير هنا بدخوله».

فإن لم يكن للقرية سورٌ دخل ما اختلط بنيانها من المساكن والأبنية[(٤)]، وما كان من أفنية المساكن وحقوقها[(٥)].

=ج١١، ص٦٦، المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، الإنصاف، ج٥، ص٥٧، الإقناع، ج٢، ص١٢٦، المبدع، ج٤، ص١٥٩، الفروع، ج٤، ص٦٩، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩.

(١) الوجيز، ج١، ص١٤٨.

(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٦.

(٣) ج٥، ص٥٧.

(٤) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٥ ـ ٢٦٦، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦.

(٥) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٦.

وأمَّا المزارع التي حول القرية[١]، فإنْ ذكرها صريحًا في العقد بأنْ باعه إياها بمزارعها دخلت[٢]، وكذلك لو ذكر قرينة كمساومة على أرض المزارع وكذكر حدود المزارع، وكذكر الزرع والغرس فيها، أو بذل ثمن لا يصلح إلا في القرية وفي أرضها التي تزرع، ونحو ذلك من القرائن فإن مزارع القرية تدخل في عقد البيع[٣]؛ لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع مزارعها، والقرينة صارفة إليه، ودالة عليه، فأشبه ما لو صرَّح به.

وإن لم يصرح بذكر المزارع، ولم يكن قرينة تصرف إلى ذلك، فقد اختلف الفقهاء في دخول مزارع القرية في بيع القرية على أقوال:

---

(١) المراد بالمزارع: الأرضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية. أما الزرع نفسه فالحكم في تبعيته كالحكم في تبعيته عند بيع الأرض وهو فيها. ينظر تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٩٧.
والحكم في الشجر حول القرية كالحكم في المزارع، قاله في مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٣١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٥، المبدع، ج٤، ص١٥٩، الإنصاف، ج٥، ص٥٦، الإقناع، ج٢، ص١٢٦، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦.

(٣) المغني، ج٤، ص٨٧، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٢، الفروع، ج٤، ص٦٩، المبدع، ج٤، ص١٥٩، الإنصاف، ج٥، ص٥٧، الإقناع، ج٢، ص١٢٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩، الروض المربع، ج٤، ص٥٣٧، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٦.
ودخول مزارع القرية في بيع القرية عند وجود قرينة تدل على ذلك هو ما صرح به الحنابلة كما في المصادر الآنفة، وقال عنه ابن مفلح في الفروع، ج٤، ص٦٩: «وهو أولى»، وقال عنه المرداوي في الإنصاف، ج٥، ص٥٧: وهو الصواب.
أما غير الحنابلة فلم أرَ لهم نصًّا في دخول المزارع في بيع القرية إذا وجدت قرينة.

القول الأول: لا تدخل في البيع، سواء قال «بحقوقها»، أو لم يقل، وبهذا قال الحنفية[١]، وهو أصح الوجوه عند الشافعية[٢]، وهو قول الحنابلة[٣]، وهو ما فهمته من مذهب المالكية[٤].

وعلّلوا لهذا القول:

بأن المزارع خارجة عن مسمَّى القرية[٥]، والعُرف لا يقتضي دخولها[٦]، ألا ترى أنه لو حلف أنه لا يدخل القرية لم يحنث بدخوله المزارع[٧].

القول الثاني: تدخل المزارع في بيع القرية، سواء قال «بحقوقها»، أو لا، وهذا وجه عند الشافعية[٨]، والفقهاء الذين أوردوه لم يذكروا له توجيهًا، بل وصفه الرافعي رحمه الله بأنه غريب[٩].

---

(١) الفتاوى الهندية، ج٣، ص٣٧.
(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٣١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٣، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٦، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤.
(٣) المغني، ج٤، ص٨٧، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٥، الفروع، ج٤، ص٦٩، المبدع، ج٤، ص١٥٩، الإقناع، ج٢، ص١٢٦.
(٤) لم أقف للمالكية على كلام في مسألة القرية حتى أعرف حقيقة قولهم، غير أنه يمكن فهْم قولهم من بعض نصوصهم؛ حيث قد نصُّوا على العمل بالعرف فيما يدخل في المبيع عند الإطلاق أو يخرج عنه، قال أحمد الدردير في الشرح الصغير، ج٢، ص٥١١ ـ ٥١٢، ما نصه: «اشترى أرضًا وفيها بناء أو شجر لم يذكرا حين شراء أرضهما دخلا في بيع الأرض إلا لشرط أو عرف فيعمل به» اهـ، والمزارع خارج القرية لا تدخل في مسمَّى القرية في العرف فلا تدخل في البيع عندهم، كما نصَّ ابن عبد البر في الكافي، ج١، ص٤٥٢ على أن من حلف ألا يسكن إنسانًا في دار فضربا بينهما جدارًا أو فتح كل واحد منهما بابًا غير باب صاحبه فلا حنث عليه»اهـ، وقياس هذا أنه لو حلف ألا يدخل قريته فدخل المزارع لا حنث عليه. والله تعالى أعلم.
(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٥، المغني، ج٤، ص٨٧.
(٦) مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦.
(٧) فتح العزيز، ج٩، ص٣١، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٦.
(٨) فتح العزيز، ج٩، ص٣١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٣، تكملة السبكي، ج١١، ص٢٦٧، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦.
(٩) فتح العزيز، ج٩، ص٣١.

القول الثالث: إنْ قال «بحقوقها» دخلت وإلا فلا، وهو وجه عند الشافعية[(١)].

قال عنه الرافعي رحمه الله أيضًا: إنَّه غريبٌ[(٢)].

كما يرد هذا القول بأن «حقوقها» ما فيها من البناء والبيوت والطرق فلا يتناول المزارع الخارجة عن القرية[(٣)].

ومما سبق يتضح رجحان القول الأول لقوة ما علّل به له وضعف ما سواه.

والله تعالى أعلم...

---

(١) فتح العزيز، ج٩، ص٣١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٣، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٧، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٤، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٢٦.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٣١.

(٣) تكملة السبكي، للمجموع، ج١١، ص٢٦٧.



المبحث الرابع

دخول الثمر في بيع العقار إذا كان فيه شجر مثمر

إذا باع أرضًا، أو دارًا، أو بستانًا، وكان في المبيع شجرٌ فيه ثمر، سواء نصَّ في العقد على دخول الشجر في المبيع، أو لم ينصَّ عليه لكنه دخل ضمنًا[1]، بأن اشترى العقار فدخل في البيع الشجر تبعًا، وكان الشجر مثمرًا، فلمن يكون الثمر؟

هذا المبحث عقد لبيان ذلك، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في ثمر النخل.

المطلب الثاني: بيان حكم ما عدا النخلَ من الشجر.

***

(١) ينظر في ذلك: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٣، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٢، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٥٣، الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج٣، ص١٧٢، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٣، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧٢، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٨٧، الإقناع في الفقه الشافعي، ص٩٣، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٢، المحرر، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٦٩.

المطلب الأول: في ثمر النخيل:

وفيه فروع:

الفرع الأول: بيع العقار وفيه نخل ذات ثمر.

الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل.

الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه.

الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض النخل دون بعض.

الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير.

الفرع الأول: بيع العقار وفيه نخل ذات ثمر:

إذا باع أرضًا أو دارًا أو بستانًا[(١)]، وكان في المبيع نخلٌ ذات ثمر، فقد اختلف الفقهاء لمن يكون ذلك الثمر عند الإطلاق على أقوال:

القول الأول: إنْ كان البيع بعد التأبير فالثمرة للبائع، وإنْ كان البيع قبل التأبير فهي للمشتري، وبهذا قال المالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]، والظاهرية[(٥)].

---

(١) وكذا الحكم إذا باع النخل بدون الأرض.

(٢) الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٨٧، قوانين الأحكام الشرعية، ص٢٨٧، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧٢، منح الجليل، ج٥، ص٨٢، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨١.

(٣) الإقناع، في الفقه الشافعي، ص٩٣، التنبيه، ص٩٢، المهذب، ج١، ص٢٨٥، الوجيز، ج١، ص١٤٩، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٣٦، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٢، شرح السنّة للبغوي، ج٨، ص١٠١، شرح النووي لصحيح مسلم، ج١٠، ص١٩١، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٢.

(٤) مختصر الخرقي، ص٥٣، العدة شرح العمدة، ص٢٢٥، المقنع، ج٢، ص٨٠، الكافي، ج٢، ص٦٩، المغني، ج٤، ص٧٥، المحرر في الفقه، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٦٩.

(٥) المحلى، ج٩، ص٤٢٤.

القول الثاني: تكون للبائع قبل التأبير وبعده، وبهذا قال الحنفية[١]، والأوزاعي[٢].

القول الثالث: تكون للمشتري قبل التأبير وبعده، وبهذا قال ابن أبي ليلى[٣].

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل له بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه[٤].

وفي لفظ: «أيما امرىء أبر نخلًا ثم باع أصلها فللذي أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه[٥].

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٣٩، المغني، ج٤، ص٧٥، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٢.

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٣، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، الهداية، ج٥، ص٩٩، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٢، حاشية بن عابدين، ج٥، ص٥٥٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٦.

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٤، بداية المجتهد، ج٢، ص١٨٩ ـ ١٩٠، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٣٦، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٣٩، المغني، ج٤، ص٧٥، شرح السنّة للبغوي، ج٨، ص١٠٢ ـ ١٠٣، شرح النووي لصحيح مسلم، ج١٠، ص١٩١، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٢.

(٤) من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال... الحديث في صحيح البخاري كتاب البيوع باب من باع نخلًا قد أبرت أو أرضًا مزروعة بأجاره، ج٣، ص١٠٢. في صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص١٩٠.

(٥) من حديث الليث عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: الحديث في صحيح البخاري كتاب البيوع باب: بيع النخل بأصله، ج٣، ص١٠٢. وفي صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٠، ص١٩٠.

وفي لفظ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدًا، وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه(١).

وجه الدلالة من الحديث:

دلَّ الحديثُ بمنطوقه على أنَّ من باع نخلًا وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة في البيع، بل تستمر على ملك البائع.

ودلَّ بمفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة أنها تدخل في البيع، وتكون للمشتري(٢).

ويستوي في هذا الحكم بين أن يكون المبيع النخيل بدون الأرض أو مع الأرض، أو يدخل النخل في بيع الأرض تبعًا(٣).

والتأبير: التلقيح، ومعناه: شقُّ طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شيء من طلع النخلة الذكر(٤).

---

(١) من حديث ابن شهاب عن سالم بن عبدالله بن عمر عن أبيه عبدالله بن عمر قال: سمعت.. الحديث في صحيح البخاري ـ كتاب الشرب والمساقاة باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ـ ج٣، ص١٥٠، وفي صحيح مسلم بشرح النووي.

(٢) بداية المجتهد، ج٢، ص١٨٩، الفروق، ج٣، ص٢٨٥، المهذب، ج١، ص٢٨٥ ـ ٢٨٦، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٣٦، المغني، ج٤، ص٧٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩، شرح السنّة، ج٨، ص١٠١، شرح النووي لصحيح مسلم، ج١٠، ص١٩١، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٢.

(٣) الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨١، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٦٢.

(٤) الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٣، الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٨٨، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٢٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٦، المغني، ج٤، ص٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩، شرح السنّة، ج٨، ص١٠١، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٢.

والذي يظهر فيها أولًا أكمة صغار، ثم تكبر وتطول، فإذا كبرت، شققت فظهرت العناقيد في أوساطها، فيذر فيها طلع الذكور ليكون رطبها أجود، ثم المتعهدون للنخل لا يؤبرون جميع الكمام، بل يكتفون بتأبير البعض، ويتشقق الباقي بنفسه، وتنبث ريح الذكور إليه.

وقد لا يؤبر في النخل شيء، وتتشقق الأكمة بنفسها، إلا أن رطبه لا يجيء جيدًا(١).

وما تشقق بنفسه في معنى ما أبر فأيهما وجد تعلق الحكم به(٢).

---

(١) فتح العزيز، ج٩، ص٤٠ ـ ٤١، روضة الطالبين، ج٣، ٥٤٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٦.

(٢) المهذب، ج١، ص٢٨٦، فتح العزيز، ج٩، ص٤١، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٦، المغني، ج٤، ص٧٤ ـ ٧٥، الإقناع، ج٢، ص١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩، كشاف القناع، ج٣، ص٢٧٩.
وجعل ما تشقَّق بنفسه في معنى ما أبر، هو ما عليه جماهيرُ أهل العلم، بل في المغني، ج٤، ص٧٤: أنه لا خلاف في ذلك.
حيث قال: «أصل الأبار عند أهل العلم: التلقيح، قال ابن عبد البر: إلا أنه لا يكون حتى يتشقَّق الطلع وتظهر الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه.
والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير خلاف بين العلماء».
ودعوى أنه لا خلاف في ذلك هي دعوى محل نظر؛ لأن ابن حزم قد خالف في ذلك وجعل الحكم منوطًا بالتأبير لا بمجرد التأبير كما في المحلىٰ، ج٩، ص٤٢٤. وقد نقل الخلاف عن الإمام أحمد في ذلك؛ حيث جاء في الإنصاف، ج٥، ص٦٠ ما نصه: «التأبير: هو التلقيح، وهو وضع الذكر في الأنثى، والمصنف رحمه الله فسَّره بالتشقق؛ لأن الحكم عنده منوط به وإن لم يلقح، لصيرورته في حكم عين أخرى، وعلى هذا إنما نيط الحكم بالتأبير في الحديث لملازمته للتشقق غالبًا.
إذا علمت هذا، فالذي قاله المصنف: هو المذهب، وعليه الأصحاب.... وبالغ المصنف، فقال: لا خلاف فيه بين العلماء.
وعنه رواية ثانية: الحكم منوط بالتأبير ـ وهو التلقيح ـ لا بالتشقق. ذكرها ابن أبي موسى وغيره.
فعليها: لو تشقق ولم يؤبر: يكون للمشتري، ونصر هذه الرواية الشيخ تقي الدين رحمه الله=

المناقشة:

ناقش الحنفية استدلالَ الجمهور بهذا الحديث بأنه استدلالٌ بمفهوم الصفة[(١)]، والاحتجاج به محلُّ خلاف بين العلماء[(٢)].

دفع هذه المناقشة:

يمكن دفع هذه المناقشة بأن الفقهاء الذين استدلّوا بالحديث لم يستدلوا به من جهة مفهوم الصفة فقط، بل استدلوا به من ثلاثة أوجه:

«قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: لنا من الحديث أدلة ثلاثة:

أحدها: دليل الخطاب، وهو دليل الشافعي رحمه الله منه[(٣)]، وذلك أن الطلع له وصفان: مؤبر وغير مؤبر فلمَّا جعله النبي ﷺ إذا كان مؤبرًا للبائع دلَّ على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله: في سائمة الغنم زكاة.

=واختارها في الفائق، وقال: قلت: وعلى قياسه كل مفتقر إلى صنع كثير لا يكون ظهوره الفصل، بل إيقاع الفعل فيه، وأطلقهما في التلخيص، والرعاية الكبرى.

فتلخص: أنَّ ما لم يكن تشقق طلعه: فغير مؤبر، وما تشقق ولقح: فمؤبر. وما تشقق ولم يلقح: فمحل الروايتين».

(١) قال الشوكاني في إرشاد الفحول، ص١٨٠: «مفهوم الصفة: وهي تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف، نحو في سائمة الغنم زكاة.. وبمفهوم الصفة أخذ الجمهور، وهو الحقُّ، لما هو معلومٌ من لسان العرب أن الشيء إذا كان له وصفان فوصف بأحدهما دون الآخر كان المراد به ما فيه تلك الصفة دون الآخر».

(٢) فتح القدير، ج٥، ص٩٩، البحر الرائق، ج٥، ص٣٣٣، حاشية ابن عابدين، ج٥، ص٥٥٣، الفروق، ج٣، ص٢٨٥.

(٣) لعلَّ مراده ما جاء في الأم، ج٣، ص٤١، حيث جاء فيها: «الحائط إذا بيع ولم يؤبر نخله فالثمرة للمشتري؛ لأن رسول الله ﷺ إذا حدَّ، فقال: «إذا أبر فثمرته للبائع»، فقد أخبر أن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر، ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ولا موقوفًا، فمن باع حائطًا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالًا موجودًا بالسنة». وجاء في مختصر المزني، ص٧٩، قال الشافعي: «فإذا جعل النبي ﷺ الآبار حدًا لملك لبائع فقد جعل ما قبله حدًا لملك المشتري».

والثاني: أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلًا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع»، فجعلها للبائع بالشرط، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط، فمن قال: إنها للبائع في الحالين[(١)]، فقد خالف من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط.

الثاني: أنه ـ أعني المخالف ـ جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط.

والدليل الثالث من الحديث: أن النبي ﷺ إمَّا أنْ يكون ذكر التأبير بيانًا على أنَّ غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع، وإما أن يكون لتعيين أنَّ غير المؤبر لا يكون للبائع، لا سبيل إلى الأول؛ لأن المؤبر بائنٌ ظاهر، وغير المؤبر كامنٌ مستتر، وما كان مستترًا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل فتعين الثاني، وهو أن يكون المقصود ألَّا يكون للبائع عند عدم التأبير»[(٢)].

الدليل الثاني: قياس ثمرة النخل على الحمل؛ لأنه نماء كامن لظهوره غاية، فكما أن الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع، والحمل الظاهر[(٣)] لا يتبع، فكذلك الثمرة[(٤)].

أو نقيسها على اللبن قبل الحلب، واستتار الثمار في الأكمام كاستتار الأجنة في الأرحام، واللبن في الضروع[(٥)].

---

(١) هم الحنفية كما سبق بيان قولهم عند ذكر المذاهب.
(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٣٦ ـ ٣٣٧.
(٣) لعلَّ مرادهم بالحمل الظاهر: ما ولدته أمه من قريب، وفي تسميته بهذا الاسم نظر.
(٤) الفروق، ج٣، ٢٨٥، المهذب، ج١، ص٢٨٦، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٦٩، المغني، ج٤، ص٧٦.
(٥) الفروق، ج٣، ص٢٨٥، تهذيب الفروق، ج٣، ص٢٨٨.

أدلة القول الثاني:

استدلَّ على أن الثمرة تدخل في البيع قبل التأبير وبعده بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما ذكره الحنفية من أنه ﷺ قال:

«من اشترى أرضًا فيها نخلٌ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[(١)].

وجه الدلالة منه:

أنه جعل عليه السلام الثمرة للبائع من غير فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة[(٢)].

قال في «العناية»[(٣)]: «وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل عليه ثمر، فقال عليه السلام: الثمرة للبائع إلا أن يشترط، ولم يذكر النخل».

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن الحديث بهذا اللفظ الذي ذكروه هو غريب، كما قاله الزيلعي في «نصب الراية»[(٤)]، ثم على فرض صحته فإنه

---

(١) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، الهداية، ج٥، ص٩٩، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٣، العناية، ج٥، ص٩٩، مجمع الأنهر، ج٢، ص١٦، الدر المختار، ج٤، ص٥٥٣، ومعه حاشية ابن عابدين نفس الجزء والصفحة.
وقد ذكر الحنفية أنه قد رواه محمد بن الحسن الشيباني في الشفعة في كتابه «الأصل»، وكتاب الأصل لا يعتمد عليه في تخريج الأحاديث، ولم أجده بهذا اللفظ في كتب الأحاديث التي اطلعت عليها، وقد قال عنه الزيلعي في «نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية، ج٤، ص٥ ما نصه: «قلت: غريب بهذا اللفظ»، ثم ذكر أن الأئمة الستة أخرجوا في كتبهم حديث ابن عمر الذي سبق ذكره في أدلة القول الأول.

(٢) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، فتح القدير، ج٥، ص٩٩، البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٣، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٥٥٣.

(٣) ج٥، ص٩٩.

(٤) ج٤، ص٥، (انظر الحاشية رقم (١) في هذه الصفحة).

مطلق، وحديث ابن عمر السابق في أدلة القول الأول مقيَّد، فيحمل المطلق على المقيد، قال ابن الهمام رحمه الله:

«ولو صحَّ حديث محمد رحمه الله فهم[١] يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضًا يجب؛ لأنه في حادثة واحدة، في حكم واحد»[٢].

الدليل الثاني: القياس:

فقد ذكر السبكي رحمه الله أن الحنفية ومن وافقهم احتجوا بجملة من الأقيسة؛ حيث قال:

«واحتجت الحنفية ومن وافقهم:

بأنها ثمرة برزت عن شجرها[٣].

وبأنها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة[٤].

وبالقياس على طلع الفحال.

وبأنها نماءٌ لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزرع في الأرض[٥].

---

(١) الضمير في قوله: «فهم» يعود إلى مالك والشافعي وأحمد؛ فإنه قد نقل عنهم أنهم يفرقون بين المؤبرة وغيرها.

(٢) فتح القدير، ج٥، ص٩٩.
ويلاحظ أنَّ ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق، ج٥، ص٣٢٣ قد تعقب قول ابن الهمام هذا، كما فعل ابن عابدين أيضًا في حاشيته، ج٤، ص٥٥٣ ـ ٥٥٤، لكنه ردَّ على ابن نجيم في بعض مناقشته لابن الهمام، فينظر ذلك فيهما.

(٣) قال الكاساني في بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤: «ولأن النخل اسمٌ لذات الشجر فلا يدخل ما عداه إلا بقرينة زائدة».

(٤) قد أشار إلى هذا القياس واستدلال الحنفية به القرافي في الفروق، ج٣، ص٢٨٦، وضعَّفه.

(٥) أشار ابن قدامة في المغني، ج٤، ص٧٥ ـ ٧٦، إلى استدلال الحنفية بهذا القياس، وناقشه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الزرع ليس من نماء الأرض، وإنما هو مودع فيها.

وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره، ولا في حالة كمونه فكذلك الطلع[١].

وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير[٢] أنها إذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحًا أو بسرًا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيها، قالوا: فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة.

وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة»[٣].

المناقشة:

ناقش السبكي هذه الأدلة بعد ذكره لها فقال:

وأجاب الأصحاب بعد التمسك بالحديث:

عن الأول: بمنع كونها برزت عن الأصل، فإنها في غلافها.

وعن الثاني: بأنا لا نسلم جواز إفرادها على رأي أبي إسحاق المروزي؛ لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا.

ولئن سلمنا فجواز الإفراد لا يدل على عدم التبعية، ألا ترى أن من باع دارًا فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعًا ويجوز إفرادها بالبيع.

وعن الثالث: بأن الصحيح عندنا أنَّ طلع الفحال كطلع الإناث.

ولو سلمنا فالفرق: أن طلع الإناث المقصود منه ما في جوفه، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه.

---

(١) أشار الحنفية في كتبهم إلى الاستدلال بهذا القياس والذي قبله، فينظر في ذلك: الهداية، ومعها العناية وفتح القدير، ج٥، ص٩٩.

(٢) سبقت الإشارة إلى الخلاف في هذه المسألة في حاشية رقم (٢)، ص٤٢٧ فيعلم ذلك.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٣٩ ـ ٣٤٠.

وعن الرابع: بأن الزرع نماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة.

وعن الخامس: بأن الزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع، بخلاف الثمرة فإنها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة.

والجواب السادس: أنها قبل التشقق غير ظاهرة؛ لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام فحيث ظهرت عن الكمام إمَّا بالتأبير أو بغيره كانت للبائع، فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفًا للحديث ومعناه.

وعن السابع من وجوه:

أحدها: أن الشافعي رضي الله عنه قال في القديم: يدخل الطلع في الرهن تبعًا للأصل.

والثاني: أن الرهن لا يزيل الملك، والبيع يزيل الملك.

والثالث: أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت شبهًا من الولد المنفصل، وشبهًا من الجنين فتعارضا، وبقيت على حكم الأصل، وهو ملك البائع، ولا كذلك الكامنة[1].

دليل القول الثالث:

القول الثالث جعل أصحابه الثمرة للمشتري قبل التأبير وبعده، وقد استدل له:

بأن ثمرة النخل جزء من النخل فإذا دخل النخل في البيع فكذلك ثمرته[2]؛ لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة، فكانت تابعة له كالأغصان[3].

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٤٠.
(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٤، بداية المجتهد، ج٢، ص١٩٠.
(٣) المغني، ج٤، ص٧٥.

المناقشة:

نوقش هذا بأنه مخالف للحديث الصحيح، فلا وجه له، ولعل ابن أبي ليلى لم يبلغه الحديث في ذلك[١].

وأما دخول الأغصان في البيع، فلأنها تدخل في اسم النخل، وليس لانفصالها غاية[٢].

الترجيح:

بعد ذكر الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته يظهر لي رجحان القول الأول، وهو أن الثمرة قبل التأبير للمشتري وبعد التأبير للبائع، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول فدليلهم الأول حديث متفق على صحته، وما أورد عليه من مناقشة فقد أجيب عنها، كما أن الأقيسة التي استدلوا بها قد سلمت من المناقشة، وهي أقيسة قوية.

السبب الثاني: ضعف ما استدل به للقولين الآخرين؛ حيث قد نوقشت من قبل العلماء، فلا تقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

السبب الثالث: أنه لو كان حكم غير المؤبرة حكم المؤبرة لكان التقييد في الحديث بالتأبير لغوًا لا فائدة فيه، ولكان تقييده بالشرط لغوًا لا فائدة له، وكلامه عليه السلام منزّه عن اللغو.

والله تعالى أعلم.

---

(١) فتح القدير، ج٥، ص١٠٠، بداية المجتهد، ج٢، ص١٩٠، شرح صحيح مسلم للنووي، ج١٠، ص١٩١.

(٢) المغني، ج٤، ص٧٦.

الفرع الثاني: اشتراط أحد المتبايعين ثمر النخل:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: اشتراط أحد المتبايعين ثمرة النخل كلها.

المسألة الثانية: اشتراط أحد المتبايعين جزءًا معلومًا من ثمرة النخل.

المسألة الأولى: اشتراط أحد المتبايعين ثمرة النخل كلها:

إذا اشترط أحد المتبايعين الثمرة مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه متى اشترط أحد المتبايعين الثمرة كلها فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، البائع فيه والمشتري سواء، وبهذا قال الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣)، والظاهرية(٤)، وهو قول في مذهب المالكية(٥).

القول الثاني: الثمرة قبل التأبير هي للمشتري على الأصل، فإن اشترطها البائع لم يجزْ، وبعد التأبير للبائع، فإن اشترطها المشتري جاز، وبهذا قال المالكية على المشهور(٦).

---

(١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٣، مختصر القدوري، ج٢، ص٩، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٤، الهداية، ج٥، ص٩٩، الدر المختار، ج٤، ص٥٥٣.
(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٤١ ـ ٤٢، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٨، المنهاج، ج٢، ص٨٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٢٧٣، فتح الوهاب، ج١، ص١٨١.
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٦٩، المغني، ج٤، ص٧٦، الإقناع، ج٢، ص١٢٨، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٩.
(٤) المحلى، ج٩، ص٤٢٤.
(٥) الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٤، الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٤، قوانين الأحكام الشرعية، ص٢٨٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، بلغة السالك، ج٢، ص٥١٤، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٤.
(٦) المراجع السابقة.

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[(١)]. متفق عليه[(٢)].

وجه الدلالة من الحديث:

دلَّ الحديث على صحة اشتراط الثمرة كلها لقوله فيها: «فثمرتها»، والحديث وإن جاء فيه قوله: «إلا أن يشترط المبتاع»، وهو المشتري بقرينة الإشارة إلى البائع بقوله: «من باع» إلا أنه لا يظهر فرق بين البائع والمشتري في هذا الاشتراط؛ لأن البائع أحد المتعاقدين.

الدليل الثاني: أنه ﷺ «نهى عن الثنيا[(٣)] إلا أن تعلم»[(٤)]. أخرجه الترمذي والنسائي وغيرهما من حديث جابر رضي الله عنه[(٥)].

وجه الدلالة من الحديث:

أنه ﷺ قد نهى عن استثناء شيء من المبيع إلا أن يكون المستثنى

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٤٧، المغني، ج٤، ص٧٦، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٠، كشاف القناع، ج٣، ص٢٨٠.
(٢) سبق تخرجه، ص٣٨٣.
(٣) الثنيا: اسم للاستثناء، والمراد: أنه لا يجوز بمستثنية المجهول؛ لأنه يؤدي إلى النزاع. (حاشية السندي على سنن النسائي، ج٧، ص٢٩٦).
(٤) المغني، ج٤، ص٧٦.
(٥) الحديث أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم ج٧، ص٢٩٦، قال في تلخيص الحبير، ج٣، ص٥: «وأخرجه ابن حبان في صحيحه»، وقال في فتح الباري، ج٥، ص٣١٥: إسناده صحيح.

معلومًا، واشتراط الثمرة كاملة في البيع هو معلوم في الجملة وإن جهل مقدار الثمرة فصح اشتراطه.

الدليل الثالث: أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد، وهو معلوم، فصح قياسًا على ما لو باع بستانًا واستثنى نخلة بعينها(١).

الدليل الرابع: أنه يصح اشتراط البائع للثمرة قبل التأبير قياسًا على صحة اشتراط المشتري لها بعد التأبير، وقد ثبت صحة اشتراط المشتري لها بعد التأبير بالاتفاق عليه، فكذلك ينبغي صحة اشتراط البائع لها قبل التأبير؛ إذ هو أحد المتبايعين(٢).

دليل القول الثاني:

استدل على أن البائع إن اشترط الثمرة قبل التأبير لم يجز؛ لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها، وهو لا يصح لما فيه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها(٣).

المناقشة:

نوقش هذا بأن أدلة القول الأول ترده، وهي مقدمة عليه لكونها أدلةً نقلية، وعقلية ودليلهم هذا تعليل، وبأن اشتراط البائع للثمرة غير المؤبرة ليس هو من قبيل البيع حتى يكون منهيًّا عنه لما فيه من بيع الثمرة قبل بدو

---

(١) المغني، ج٤، ص٧٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٤.
(٢) المغني، ج٤، ص٧٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٤، كشاف القناع، ج٣، ص٢٨٠.
(٣) الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، بلغة السالك، ج٢، ص٥١٤، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٤، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٤٨، المغني، ج٤، ص٧٦.

صلاحها، بل هو بناء على أنها مبقاة على ملك البائع[١]، فالاشتراط غير البيع[٢]؛ ولأنه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع[٣].

ولأن النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها هو في بيعها استقلالًا، والكلام هنا في دخولها في المبيع تبعًا، أو خروجها بالاشتراط.

الترجيح:

يترجَّح القول الأول، وهو صحة اشتراط الثمرة قبل التأبير أو بعده، ولا فرق في ذلك بين البائع والمشتري لقوة ما استدل به له، ولأن ما استدل به للقول الثاني لا يقوى على معارضة أدلة القول الأول.

وبالله التوفيق...

المسألة الثانية: اشتراط أحد المتبايعين جزءًا معلومًا من ثمر النخل:

اختلف الفقهاء في اشتراط أحد المتبايعين جزءًا من الثمرة معلومًا كنصفها أو ثلثها ونحو ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح اشتراط ذلك، وبه قال الحنفية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، وهو قول أشهب من المالكية[٧].

---

(١) الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، بلغة السالك، ج٢، ص٥١٤، منح الجليل، ج٥، ٢٨٢.

(٢) المحلى، ج٩، ص٤٢٧.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٤٨.

(٤) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٣، الهداية، ج٥، ص٩٩.

(٥) المنهاج، ج٢، ص٨٦، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٤٧.

(٦) المغني، ج٤، ص٧٦، المبدع، ج٤، ص١٦٣، كشاف القناع، ج٣، ص٢٨٠.

(٧) الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٥، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٣، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٤٧، المغني، ج٤، ص٧٦.

القول الثاني: أنه لا يصح اشتراط ذلك، وبه قال ابن القاسم من المالكية، وهو المعتمد عندهم[(١)].

الأدلة

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه.

وجه الدلالة من الحديث:

أن قوله ﷺ: «إلا أن يشترط المبتاع»، هو مطلق يصدق على القليل والكثير، فدلَّ على صحة اشتراط بعض الثمرة، قال ابن حجر رحمه الله عند قوله ﷺ: «إلا أن يشترط المبتاع» ما نصه:

«وقد استدل بهذا الإطلاق على أنه يصح اشتراط بعض الثمرة كما يصح اشتراط جميعها، وكأنه قال: إلا أن يشترط المبتاع شيئًا من ذلك، وهذه هي النكتة في حذف المفعول»[(٢)].

الدليل الثاني: ما ذكره ابن قدامة رحمه الله حيث قال:

«ولنا: أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار»[(٣)].

---

(١) الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٤، الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، بلغة السالك، ج٢، ص٥١٣، حاشية الدسوقي، ج٣، ص١٧٢، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢، المغني، ج٤، ص٧٦، فتح الباري، ج٤، ص٤٠٣.

(٢) فتح الباري، ج٤، ص٤٠٢ ـ ٤٠٣. وينبغي ملاحظة أن الحديث قد ورد بدون الهاء في قوله: «إلا أن يشترط المبتاع»، وإن كان بعض الفقهاء يوردونه بالهاء هكذا: «إلا أن يشترطها المبتاع». قال السبكي ـ رحمه الله ـ في تكملته للمجموع، ج١١، ص٣٢٧ ما نصه: «.. والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث، ولم أقف عليها في شيء من طرق الحديث».

(٣) المغني، ج٤، ص٧٦.

دليل القول الثاني:

استدلَّ على أنه لا يصح اشتراط بعض الثمرة، بأنه قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[(١)]، وذلك لأن التبعيض دليل على المشاحة فيه والاعتناء به[(٢)]، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يصح، فلا يصح اشتراط بعض الثمرة؛ لأنه حينئذٍ يكون مقصودًا بالبيع فيدخل في النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: ما ورد في الدليل الثاني لأصحاب القول الأول من أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه.

الوجه الثاني: أن الثمرة في بيع النخل تابعة للنخل، والنهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، هو في بيعها مستقلة.

الوجه الثالث: أنه قد يقال: إن هذا الاشتراط ليس هو من قبيل البيع حتى يكون منهيًّا عنه فقد قال ابن حزم رَحِمَهُ اللَّهُ في أثناء كلامه عن صحة اشتراط الثمرة كلها أو بعضها معلومًا ما نصه:

«والاشتراط غير البيع»[(٣)].

الترجيح:

بعد ذكر قولي الفقهاء في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول منهما،

---

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج٣، ص١٧٢، الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٤، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢، بلغة السالك، ج٢، ص٥٠٣.
(٢) حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج٣، ص١٧٢.
(٣) المحلى، ج٩، ص٤٢٧.

ومناقشة ما أمكن مناقشته، يترجح ـ والله تعالى أعلم ـ القول الأول، وهو صحة اشتراط أحد المتبايعين جزءًا معلومًا من الثمرة وذلك لسببين:

أولهما: قوة ما استدل به لهذا القول، ولم أر لها مناقشة فيما اطلعت عليه.

وثانيهما: ضعف دليل القول الثاني؛ حيث تمت مناقشته فلا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه.

وبالله التوفيق.

الفرع الثالث: حكم بقاء الثمر في النخل إلى أوان أخذه

اختلف الفقهاء في حكم بقاء الثمرة على النخل إلى وقت أخذها أو أنه يلزم صاحبها جذها في الحال؟

والخلاف في الثمرة كالخلاف في بقاء الزرع في أرض المشتري إلى وقت الحصاد، وقد مضى بيانُ حكم ذلك[(١)]، وأن الحنفية قالوا: إنه يلزمه القطع في الحال، وأما المالكية، والشافعية، والحنابلة فقد قالوا: إن للبائع تركه إلى أوان أخذه، فلا أعيده هنا تجنبًا للإطالة.

غير أنه ينبغي التنبيه هنا إلى أن بعض الشافعية قد نقل أن بعض علماء الشافعية اشترط القطع في الحال في الثمرة غير المؤبرة إذا استثناها البائع.

جاء في «تكملة السبكي للمجموع»[(٢)] قوله:

«فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز، وإن اختلفوا في جواز إفرادها في البيع، فإن ذلك بيع حقيقي، وهذا استجد فيصح.

---

(١) ينظر، ص٣١٩.

(٢) ج١١، ص٣٤٧ ـ ٣٤٨.

قال القاضي أبو الطيب: قال في كتاب الصرف: فذلك جائز؛ لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها إيَّاه، إذا كان استثناها على أن يقطعها، فإن استثناها على أن يقرها فلا خير في البيع؛ لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحُها على أن تكون مفردة إلى وقت قد تأتي عليها الآفة قبله.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا الكلام يقتضي أنَّ من باع نخلًا قبل التأبير، واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز إلا بشرط القطع، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا؛ لأنه يجوز أن يشترط مطلقًا، وإنما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

قلت: قد قال به بعض الأصحاب تخريجًا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل، فإن الثمرة قد أشرفت على زوالها عن البائع، وبالاستثناء كأنها رجعت إليه، فأشبهت الداخلة في ملكه ابتداء، فلذلك شرط قلعها.

الفرع الرابع: بيان الحكم إذا أبر بعض ثمر النخل دون بعض:

إذا أبر بعض ثمر نخل البستان، ولم يؤبر بعضه ثم بيع البستان فقد اختلف الفقهاء لمن تكون الثمرة في الحالين على أقوال:

القول الأول: أن الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، وهذا قول عند المالكية(١)، وهو المذهب عند الحنابلة(٢).

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، ج٢، ص٦٨٨، قوانين الأحكام الشرعية، ص٢٨٨.

(٢) المقنع، ج٢، ص٨١، الكافي، ج٢، ص٦٩، المغني، ج٤، ص٧٧، المحرر، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٧١، الإنصاف، ج٥، ص٦٣، المبدع، ج٤، ص١٦٤.

القول الثاني: أن الكل للبائع، وبهذا قال الشافعية[١]، وهو اختيار ابن حامد من الحنابلة[٢].

القول الثالث: أنه إنْ أبر النصف أو ما قرب منه من الثمرة، ولم يؤبر نصفها الآخر، فلكل من النصف المؤبر، والنصف غير المؤبر حكمه، فالمؤبر للبائع، وغيره للمشتري، وهذا هو المشهور عند المالكية[٣].

ويفهم من هذا القول أنه عند اختلاف مقدار المؤبر وغير المؤبر أن الحكم للأكثر، والأقل تابع له.

وأما المذهب الحنفي فقد سبق في الفرع الأول[٤] أنهم لا يفرقون بين الثمرة المؤبرة وغيرها، وأن الكل للبائع، فمن باب أولى أنهم يقولون بأن الثمرة إذا أبر بعضها دون بعض أن الكل للبائع. والله تعالى أعلم.

---

(١) التنبيه، ص٩٢، المهذب، ج١، ص٢٨٦، الوجيز، ج١، ص١٤٩، فتح العزيز، ج٩، ص٤٩، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٥١، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٧، فتح الوهاب، ج١، ص١٨١، شرح السنّة للبغوي، ج٨، ص١٠٢.

(٢) المقنع، ج٢، ص٨١، الكافي، ج٢، ص٦٩، المغني، ج٤، ص٧٧، المحرر، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٧١، الإنصاف، ج٥، ٦٣، المبدع، ج٤، ص١٦٤.

(٣) مختصر خليل، ج٥، ص٢٨٢ ـ ٢٨٤، الفواكه الدواني، ج٢، ص١١٤، الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، ١٧٣، الشرح الصغير، ج٢، ص٥١٤، الكافي، ج٢، ص٦٨٨، الخرشي على مختصر خليل، ج٥، ص١٨٣، جواهر الإكليل، ج٢، ص٥٩، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢ ـ ٢٨٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص١٧٢، وقال فيها: «هذا إذا كان النصف معينًا بأن كان ما أبر في نخلات بعينها وما لم يؤبر في نخلات بعينها، وأما إن كان النصف المؤبر شائعًا بأن كان ما أبر شائعًا في كل نخلة، وكذلك ما لم يؤبر شائعًا، فاختلف فيه على خمسة أقوال: قيل: كله للبائع، وقيل: كله للمبتاع، وقيل: يخير البائع في تسليمه جميع الثمرة وفي فسخ البيع، وقيل: البيع مفسوخ، وقال ابن العطار: الذي به القضاء: أن البيع لا يجوز إلا برضا أحدهما بتسليم الجميع للآخر، وهو الراجح كما قال شيخنا العدوي». وينظر في هذا الخلاف الخرشي على مختصر خليل، ٥، ص١٨٣، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي نفس الجزء والصفحة، بلغة السالك، ج٢، ص٥١٤، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٤.

(٤) ينظر، ص٣٨٢.

وسبب الخلاف في هذه المسألة هو: هل الموجب لجعل الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، الأبار أو وقت الأبار؟.

فمن جعل الموجب لهذا الحكم هو الأبار، قال: ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري.

ومن جعل الموجب له هو وقت الأبار قال: هو كله للبائع.

قال ابن رشد مبينًا سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة:

«وهل الموجب لهذا الحكم هو الأبار أو وقت الأبار؟

قيل: الوقت، وقيل: الأبار.

وعلى هذا ينبني الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر بعضه الآخر، هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه»[(١)].

الأدلة

دليل القول الأول:

استدل له بالحديث الذي عليه مبني هذه المسألة، وهو قوله ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». متفق عليه من حديث ابن عمر كما سبق تخريجه[(٢)].

لأنه دلَّ بمنطوقه على أن المؤبر للبائع، ودلَّ بمفهومه على أن ما لم يؤبر للمشتري[(٣)].

---

(١) بداية المجتهد، ج٢، ص١٩٠.
(٢) سبق تخرجه، ص٤٢٥.
(٣) المغني، ج٤، ص٧٧، المبدع، ج٤، ص١٦٤، كشاف القناع، ج٤، ص٢٨١.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن تأثير بعض النخل يحصل لجميع النخل الذي في البستان اسم التأبير فيشمله قوله ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت».

قال ابن عبد البر: وأصل الأبار: أن يكون في شيء منه الأبار فيقع عليه اسم أنه قد أبر[(١)].

المناقشة:

ناقش السبكي رحمه الله هذا الاستدلال فقال: «ما ذكروه من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى، ولا سيّما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعًا فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد»[(٢)].

الدليل الثاني: أنه إذا جعل ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري، أدى ذلك إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي في البستان الواحد فجعل ما لم يؤبر تبعًا للمؤبر؛ لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعًا لما لم يؤبر، لأن الظاهر لا يتبع الباطن، ولهذا جعل أساس الدار تابعًا لظاهرها في تصحيح البيع، ولم يجعل ظاهرها تابعًا للباطن في إفساد البيع[(٣)].

المناقشة:

يناقش بأن الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع، وليست كذلك الثمار، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري اتبع شرطه، فإنها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه،

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٥٨.
(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٥٨.
(٣) المهذب، ج١، ص٢٨٦، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٥٨، المغني، ج٤، ص٧٧، المبدع، ج٤، ص١٦٤.

وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به وأوردا العقد عليه، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة[(١)].

الدليل الثالث: أن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع، كذا ههنا إذا أبر بعض ثمر نخل البستان جعل كله في حكم المؤبر[(٢)].

المناقشة:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن المعنى في الأصل المقيس عليه أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى إلى أن لا يصح بيعها بحال، فإنه إلى أن يتكامل الصلاح فيها يتساقط الأول، فيؤدي إلى فساد الثمرة، وتأذي مالكها، وليس هذا المعنى موجودًا هنا[(٣)].

وأما القول الثالث فلم أر له أدلة فيما اطلعت عليه، ولعلَّ مبناه على أن الحكم للأعم الأغلب، فالعبرة للغالب الشائع لا للنادر، ولهذا قال ابن حجر في «فتح الباري»[(٤)]:

«وجعل المالكية الحكم للأغلب».

الترجيح:

يترجح ـ والله تعالم أعلم ـ القول الأول، وهو أن الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، لقوة ما استدل به له، وضعف ما استدل به للقول الثاني؛ حيث إن أدلته قد نوقشت فلا تقوى على معارضة دليل القول الأول،

---

(١) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٥٨ ـ ٣٥٩.
(٢) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٥٩، المغني، ج٤، ص٧٧ ـ ٧٨.
(٣) تكملة السبكي، للمجموع، ج١١، ص٣٥٩.
(٤) ج٤، ص٤٠٣.

كما أن ما يمكن الاستدلال به للقول الثالث من أن الحكم للأعم الأغلب غير متجه لمخالفته لمفهوم قوله ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

الفرع الخامس: اختلاف المتبايعين في التأبير:

إذا اختلف المتبايعان في التأبير فقال البائع: وقع البيع بعد التأبير، فلا يدخل الثمر في البيع، وقال المشتري: بل حصل البيع قبل التأبير فيدخل الثمر في البيع، فقد اختلف الفقهاء الذين يفرقون بين المؤبر وغيره(١) فيمن يقبل قوله منهما على قولين:

القول الأول: أن القول قولُ البائع مع يمينه، وبه قال الشافعية(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة(٣)، وبهذا قال ابن المواز من المالكية(٤).

وعلّلوا لذلك:

بأنَّ ما وقع الخلاف فيه من الثمرة تابع لا يصح إفراده بالبيع، فالقول قول البائع بيمينه؛ لأن الأصل بقاء ملكه(٥).

---

(١) الفقهاء الذين يفرقون بين الثمرة المؤبرة وغيرها هم المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلا فرق عندهم بين المؤبرة وغيرها، ولهذا لا يتصور قول لهم فيها.

(٢) الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٧١، الإنصاف، ج٥، ص٦٤، الإقناع، ج٢، ص١٢٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٨١، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٥٤٣.

(٣) المحرر في الفقه، ج١، ص٣١٥، الفروع، ج٤، ص٧١، الإنصاف، ج٥، ص٦٤، الإقناع، ج٢، ص١٢٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٠ن حاشية المقنع، ج٢، ص٨١، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٥٤٣.

(٤) بلغة السالك، ج٢، ص٥١٣، حاشية الشيخ علي العدوي مع الخرشي، ج٥، ص١٨١، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢.

(٥) نهاية المحتاج، ج٤، ص١٥٦، حاشيتا الكمثرى، والحاج إبراهيم على الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٢٨٦، كشاف القناع، ج٣، ص٢٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢١٠.

القول الثاني: أن القول قولُ المشتري، وبه قال القاضي إسماعيل من المالكية[١]، وهو وجه عند الحنابلة[٢].

ولعل دليلهم أنَّ الأصل عدم التأبير.

* * *

المطلب الثاني: في بيان حكم ما عدا النخل من الشجر:

في فروع المطلب السابق من هذا المبحث كان الكلام عن بيان الحكم إذا باع بستانًا أو نحوه وفيه نخل فيه ثمر.

وفي هذا المطلب الحديث عن سائر الأشجار المثمرة، هل تأخذ حكم النخل الذي وردت السنّة فيه أو لا؟

يرى الحنفية والمالكية أن حكم ثمار سائر الأشجار مثل حكم النخل من غير إطالة في التفصيلات.

ويرى الشافعية والحنابلة: أن حكمها مثل حكم ثمار النخل على تفصيلات في مذاهبهم.

وتوضيح ذلك على النحو الآتي:

المذهب الحنفي:

جاء في «الهداية»[٣] قوله:

«ومن باع نخلًا أو شجرًا فيه ثمرٌ فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

---

(١) بلغة السالك، ج٢، ص٥١٣، حاشية الشيخ علي العدوي مع الخرشي، ج٥، ص١٨١، منح الجليل، ج٥، ص٢٨٢.
(٢) الفروع، ج٤، ص٧١، الإنصاف ج٥، ص ٦٤.
(٣) ج٥، ص٩٩.

قال ابن الهمام:

«ويدخل في الثمرة الورد والياسمين، ونحوها من المشمومات فالكل للبائع»[١].

وقال ابن نجيم في «البحر الرائق»[٢]:

«ولا يدخل الثمر في بيع الشجر إلا بشرط، أي: ولا يدخل إلا بشرط دخوله في البيع مطلقًا سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده، كان له قيمة أو لا».

المذهب المالكي:

جاء في «بداية المجتهد»[٣] قوله:

«والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل».

وجاء في شرح الخرشي[٤] على مختصر خليل قوله:

«من اشترى أصولًا عليها ثمرةٌ قد أبرت كلها أو أكثرها؛ فإن العقد لا يتناولها وهي للبائع إلا أن يشترطها المشتري.. والتأبير خاصٌّ بالنخل.. قال الباجي:

والتأبير في التين وما لا زهر له أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها وتتميز عن أصلها.. قال ابن شاش: في معنى المأبور: كل ثمرة انعقدت وظهرت للناظرين».

---

(١) فتح القدير، ج٥، ص٩٩.
(٢) ج٥، ص٣٢٢.
(٣) ج٢، ص١٨٩.
(٤) ج٥، ص١٨١.

الشافعية والحنبلة:

قسَّموا ما عدا النخيل من الشجر أقسامًا، وذلك أنه لا يخلوا إمَّا أن يقصد منه: الورد، أو الورق، أو الثمرة.

القسم الأول: ما يقصد منه الورد:

وهو ضربان:

أحدهما: يخرج ورده في كمام، ثم يتفتح كالورد الأحمر فإذا بيع أصله بعد خروجه وتفتحه، فهو للبائع قياسًا على طلع النخل المؤبر.

وإنْ بيع قبل تفتحه، فهو للمشتري، كطلع النخل الذي لم يؤبر(١).

وعن الشيخ أبي حامد الإسفراييني: أنه يكون للبائع أيضًا(٢).

وأما الإمام البغوي رحمه الله فقد فصَّل في ذلك؛ حيث قال:

«وحكم الورد حكم النخل، إنْ باعه قبل تفتق كمامه يدخل في البيع، وإنْ كان بعد التفتق لا يدخل في البيع إلا بالشرط، وإنْ كان قد تفتق بعضه، فما لم يتفتق، دخل في البيع، وما تفتق يبقى للبائع بخلاف ثمر النخل، إذا كان بعضه مؤبرًا يبقى الكل للبائع؛ لأن ما تفتق من الورد، لا يترك إلى إدراك الباقي»(٣).

---

(١) المهذب، ج١، ص٢٨٦، فتح العزيز، ج٩، ص٤٣ ـ ٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٢٦٨، المغني، ج٤، ص٨٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٤٤٦، الإنصاف، ج٥، ص٦٣، المبدع، ج٤، ص١٦٤.

(٢) فتح العزيز، ج٩، ص٤٤.

(٣) شرح السنّة، ج٨، ص١٠٢.

الضرب الثاني: ما يخرج ورده ظاهرًا كالياسمين، فإن خرج ورده فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري[(١)].

القسم الثاني: ما يقصد منه الورق:

ما يقصد منه الورق، كالتوت فيه وجهان:

أحدهما: أنه إنْ لم ينفتح فهو للمشتري، وإنْ تفتح فهو للبائع؛ لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار.

والثاني: أنه للمشتري تفتح أو لم يتفتح؛ لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار، وليس كالثمرة؛ لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه[(٢)].

هذا هو المشهور في المذهب الشافعي، غير أن السبكي قد نقل أن في المسألة وجهًا ثالثًا جزم به الماوردي، وحكاه الروياني، وهو أنه إن كان يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه، فإنه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها، فإن كان في عقده تبع الأصل، وإن انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل.

قال الروياني:

«ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل، وأنه لا معنى لذلك الخلاف»[(٣)].

وهذا الوجه قال عنه السبكي: إنه متجَّهٌ؛ لأن «النوع الذي يقصد ثمره

---

(١) المهذب، ج١، ص٢٨٦، فتح العزيز، ج٩، ص٤٤، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٦٩.

(٢) المهذب، ج١، ص٢٨٦، فتح العزيز، ج٩، ص٣٨، ٤٣، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٧، ٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٧٠، مغني المحتاج، ج٢، ص٨٥، نهاية المحتاج، ج٤، ص١٣١.

(٣) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٧٠.

ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال بعضهم، فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره، فهذا ورقه كورق سائر الأشجار، أما التوت الأبيض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف»[١].

هذا هو حاصل مذهب الشافعية في هذا القسم، وأما مذهب الحنابلة فهو قريب من الوجه الثالث؛ حيث قال ابن قدامه رحمه الله:

«ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور، كالتين والتوت والجميز، فهي للبائع؛ لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطالع من قشره»[٢].

ثم قال رحمه الله بعد ذلك:

«أما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال؛ لأنه من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع.

ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز، إنْ تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري؛ لأنه بمنزلة الجنبذ[٣] الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره، وهذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق، وإن لم تكن عادتهم ذلك؛ فهو للمشتري كسائر ورق الشجر. والله أعلم»[٤].

القسم الثالث: ما يقصد منه الثمرة:

وما يقصد منه الثمرة على أربعة أضرب:

أحدها: ما تخرج ثمرته من غير كمام، كالتين، فما ظهر منه فهو للبائع

---

(١) المصدر السابق، الجزء نفسه، ص٣٧١.
(٢) المغني، ج٤، ص٨٠.
(٣) الجنبذ: ورد الشجرة قبل أن يتفتح.
(٤) المغني، ج٤، ص٨١.

لا يدخل في البيع من غير شرط، وما يظهر بعد البيع فهو للمشتري؛ لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر، والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر[(١)].

والثاني: ما يخرج في كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والموز، فهو للبائع بنفس الظهور؛ لأن كمامه من مصلحته، ويبقى فيه إلى حين الأكل، ولأن قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه، وكونه من مصلحته[(٢)].

قال الشافعي رحمه الله:

«وإذا باع رجلٌ رجلًا أرضًا فيها شجر رمان.. وغيره مما دونه قشر يواريه.. فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»[(٣)].

والثالث: ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز، فاختلف فيه على قولين:

أحدهما: أنه لا يدخل في البيع، وهو الراجح عند الشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)]؛ لأن قشره لا يزال عنه غالبًا إلا بعد جزازه، فأشبه الضرب الذي قبله[(٦)].

---

(١) المهذب، ج١، ص٢٨٦ ـ ٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص٤٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٤٩، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧٠، المغني، ج٤، ص٨٠، الإنصاف، ج٥، ص٦٢.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الأم، ج٣، ص٤٤.

(٤) الأم، ج٣، ص٤٤، المهذب، ج١، ص٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص٤٦، روضة الطالبين، ج٣، ص٥٥٠.

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٧١، المغني، ج٤، ص٨٠، الإنصاف، ج٥، ص٦٢.

(٦) المغني، ج٤، ص٨٠.

والثاني: أن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري، وإليه ذهب بعض الشافعية[١]، والقاضي من الحنابلة[٢].

وقد قاسوه على طلع النخل.

وناقشه ابن قدامة، فقال:

«ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادرًا.

ولا يصح قياسه على الطلع؛ لأن الطلع لا بدَّ من تشققه، وتشققه من مصلحته، وهذا بخلافه، فإنه لا يتشقق على شجره، وتشققه قبل كماله يفسده[٣].

والرابع: ما تخرج ثمرته في نَوْر[٤]، ثم يتنافر النور فتبرز الثمرة بلا حائل كالمشمش والتفاح والكمثرى فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه إذا تفتح نوْره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع، وإن لم تظهر فهي للمشتري، وهذا قول عند الشافعية[٥]، وهو المذهب عند الحنابلة[٦].

---

(١) المهذب، ج١، ص٢٨٦ ـ ٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص٤٦.
(٢) المغني، ج٤، ص٨٠، الإنصاف، ج٥، ص٦٢
(٣) المغني، ج٤، ص٨٠.
(٤) النوْر والنوار هو: الزهر من جميع الأشجار، يقال: نورت الشجرة وأنارت، أي: أخرجت نورها، يقال نور بفتح النون ونوار. القاموس المحيط باب الراء فصل النون، ج٢، ص١٤٩، مختار الصحاح، ص٦٨٤، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج١، ص٢٨٧.
(٥) المهذب، ج١، ص٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص٤٥، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٧٨.
(٦) المقنع، ج٢، ص٨١، المغني، ج٤، ص٨١، الإنصاف، ج٥، ص٦٢.

فالحكم بناء على هذا القول منوط بظهور الثمرة من النوْر سواء تناثر أو لا[(١)].

وعلّلوا لذلك:

بأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، واستتارها بالنوْر كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنوْر[(٢)].

القول الثاني: أن ما تناثر عنه النوْر فهو للبائع، وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري، وهذا هو المشهور عند الشافعية[(٣)]، وهو قول عند الحنابلة[(٤)].

وعلّلوا لذلك:

بأن استتار الثمرة بالنوْر كاستتار الثمر في طلع النخل، وتناثر النوْر عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها[(٥)].

القول الثالث: يكون للبائع بمجرد ظهور النوْر، وهو قول عند الشافعية[(٦)]، وذكره القاضي من الحنابلة احتمالًا[(٧)].

جعلًا للنوْر كما في طلع النخل[(٨)]؛ لأن الطلع إذا تشقَّق كان كنوْر

---

(١) الإنصاف، ج٥، ص٦٢.
(٢) المهذب، ج١، ص٢٨٧.
(٣) المهذب، ج١، ص٢٨٧، فتح العزيز، ج٩، ص٤٥، تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٧٨
(٤) المغني، ج٤، ص٨١، الإنصاف، ج٥، ص٦٢.
(٥) المهذب، ج١، ص٢٨٧.
(٦) تكملة السبكي للمجموع، ج١١، ص٣٧٨.
(٧) المغني، ج٤، ص٨١، الإنصاف، ج٥، ص٦٣.
(٨) الإنصاف، ج٥، ص٦٣.

الشجر، فإن العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة، وإنما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر، فتصير العقدة في طرفها[(١)].

الترجيح:

هذه هي أقوال الفقهاء في هذا المطلب، منهم من يجمل القول، فيجعل حكم ثمار سائر الأشجار مثل حكم ثمر النخل الذي وردت فيه السنّة، ومنهم من يفصِّل في ذلك على النحو الذي سبق بيانه، غير أنه لو قال قائل: إن الحكم الذي وردت به السنّة في ثمر النخل هو خاص بالنخل، وأما ثمار سائر الأشجار فهي للمشتري لكان هذا متجهًا؛ للأسباب الآتية:

السبب الأول: أن حديث: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، وهو الأصل الذي قيس عليه ثمار سائر الأشجار يمكن اعتباره خاصًّا بثمر النخل وذلك لأمور:

أولها: أنه لو كان المراد به ثمارَ جميع الأشجار، لما كان لنصه ﷺ على النخل في الحديث فائدة، بل يكون لغوًا لا فائدة فيه، وكلامه ﷺ منزّه عن ذلك، فلما نصَّ على النخل دلَّ على أن غيره بخلافه.

ثانيًا: أن طلع النخل يظهر في وقت متقارب في البستان الواحد، وتأبيره هو وصف ظاهر منضبط، يحسن تعليق الحكم عليه، بخلاف ثمار سائر الأشجار؛ فإنها تختلف اختلافًا ظاهرًا، ولا تكاد تنضبط بوصف معين حتى يبنى عليه الحكم، فكان من المناسب دخولها في البيع.

ثالثًا: أنه قد يؤيد جعل ذلك الحكم هو في ثمر النخل خاصة، وأن ثمر سائر الأشجار بخلافه ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في أثناء كلامه عن النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه؛ حيث قال:

---

(١) المغني، ج٤، ص٨١.

«.. بدو الصلاح في الثمار متنوع: تارة يكون بالرطوبة بعد اليبس، وتارة باليبس بعد الرطوبة، وتارة بلينة، وتارة بتغير لونه بحمرة أو صفرة أو بياض، وتارة لا يتغير».

وإذا كان قد نهى عن بيع الثمار حتى يحمر أو يصفر:

علم أن هذا اللفظ لم يشمل جميع أصناف الثمار، وإنما يشمل ما تأتي فيه الحمرة والصفرة، وقد جاء مقيدًا: أنه النخل[(١)]»[(٢)].

وإذا جاز حمل النهي عن بيع الثمار حتى تزهو على ثمار النخل مع أن بعض ألفاظ النهي فيه جاءت عامة، فمن باب أولى حمل حديث: «من باع نخلًا قد أبرت» على ثمر النخل خاصة.

رابعًا: أنه في ثمر النخل قد قام البائع بتأبير النخل فكان المناسب أن يكون له بعد التأبير، بخلاف ثمار سائر الأشجار فإنها تظهر وتنعقد من غير أن يحدث فيها البائع شيئًا، فكان المناسب التفريق بينهما في الحكم، فثمر النخل المؤبر يكون للبائع، وثمار سائر الأشجار تكون للمشتري، وهذا يتمشى مع الرواية الثانية عن الإمام أحمد، وهي جعل الحكم يتعلق بالتأبير،

---

(١) ذكر شيخ الإسلام قبل ذلك حديث أنس الذي في الصحيحين: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو: قيل: وما تزهو؟ قال: تحمر وتصفر، وبين أن ذلك هو ثمر النخل؛ لأنه هو الذي يزهو فيحمر أو يصفر، ثم أشار إلى بعض الأحاديث التي قد تشعر بالعموم، وأعقب ذلك بقوله: وأما غيرها فصريح في النخل، كحديث ابن عباس المتفق عليه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه، أو يؤكل منه». وفي رواية لمسلم عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»، والمراد بالنخل: ثمره بالاتفاق؛ لأنه ﷺ قد جوَّز اشتراء النخل المؤبر مع اشتراط المشتري لثمرته». القواعد النورانية الفقهية، ص١٥٦ ـ ١٥٧، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٨٤ ـ ٨٥.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص١٥٧ ـ ١٥٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص٨٦.

وهو التلقيح، لا بالتشقق، وأنه لو تشقَّق ولم يؤبر: يكون للمشتري، ونصر هذه الرواية الشيخ تقي الدين رحمه الله كما جاء في «الإنصاف»[(١)].

وإذا كان هذا في ثمر النخل الذي وردت فيه السنّة، وأنه يجعل للمشتري إذا لم يؤبره البائع، وإن تشقَّق، فمن باب أولى ثمار سائر الأشجار.

خامسًا: أن بعض المالكية قد جعل الحديث: في بيع النخل استقلالًا، أي بدون الأرض، فلا يتناول محل النزاع الذي هو في بيع العقار، وفيه شجر مثمر. جاء في «الفواكه الدواني»[(٢)] ما نصه:

«تكلَّم المصنف على حكم من ابتاع نخلًا مثمرًا، ولم يتكلم على حكم من ابتاع أرضًا وفيها نخل مثمر، وقد قدَّمنا أن العقد على الأرض يتناول ما فيها من شجر أو بناء، وأما الثمر الذي يكون مؤبرًا عليها فلم يتكلم خليل كالمصنف عليه، واختلف العلماء فيمن يكون له، فأفتى ابن عتاب بأنه للمشتري قائلًا: بأن تناول الأرض لأصله يقتضي تناولها لفرع الأصل بالأولى.

وردَّ بعض شيوخ شيوخنا عليه بحديث: «من ابتاع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع».

وأقول: «لا يحسن الرد عليه بالحديث لاختلاف الموضوع؛ لأن الحديث العقد على ذات النخل، وفتوى ابن عتاب المعقود عليه الأرض لا ذات النخل، والأرض تتناوله فكيف لا تتناول ثمره».

وجاء نحو ذلك في «حاشية العدوى»[(٣)].

ومن هنا يمكن القول بأن ما ذكره هؤلاء له وجاهته، ويؤخذ به في ثمار

---

(١) ج٥، ص٦٠.
(٢) ج٢، ص١١٤.
(٣) حاشية الشيخ علي العدوي على الخرشي، ج٥، ص١٨١.

سائر الأشجار، أما ثمر النخل فالأخذ به محلُّ نظر؛ لأنه وإن كان المتبادر أنه في بيع النخل استقلالًا إلا أنه لا يمنع أن يؤخذ منه حكم ثمر النخل إذا بيع العقار وفيه نخل مثمر؛ لأنه يدخل في عموم ذلك، ولأنه قد يطلق بيع النخل، ويراد به ثمره، كما في حديث ابن عمر: أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع النخل حتى يزهو»[1]. الحديث أخرجه مسلم.

وكما في حديث ابن عباس: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل». أخرجه مسلم[2].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والمراد بالنخل ثمره بالاتفاق»[3].

السبب الثاني: أنه إذا تناولت الأرض والشجر، ودخل في بيعها تبعًا، وهو أصل الثمر، فمن باب أولى تتناول الأرض ثمر الشجر الذي فيها؛ لأنه فرع، والفرع يتبع الأصل.

السبب الثالث: أنه يترتب على القول بجعل ثمر الشجر في العقار المبيع للبائع في الأحوال التي ذكرها بعض الفقهاء في هذا المطلب يترتب على ذلك إثارة المنازعات والمخاصمات بين البائع والمشتري، فإن البائع سيدخل إلى ملك المشتري، وسقي الثمرة، وجنينها، هذه الأمور ونحوها الأولى تجنبها، والقول بدخول الثمر في بيع الشجر حسمًا للنزاع.

---

(1) يزهو: يقال: زها النخل يزهو: إذا ظهرت ثمرته، وأزهى يزهي: إذا احمر أو اصفر، وذلك علامة الصلاح فيها، ودليل خلاصها من الآفة. (شرح النووي لصحيح مسلم، ج٥، ص١٧٨).

(2) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ج٥، ص١٧٨.

(3) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ج٥، ص١٨٠.

السبب الرابع: أنه يترتب على جعل الثمرة للبائع تعطيل ملك المشتري مدة من الزمن، تكاد تكون مجهولة، فإن استواء الثمار يختلف من نوع إلى نوع آخر، فمنها ما يسرع نضجه، ومنها ما يتأخر، ولا يكاد ينضبط ذلك.

السبب الخامس: أنه لو كان البائع يريد الثمرة لاستثناها صراحة، فلما سكت عنها دلّ على أنه غير راغب فيها.

السبب السادس: أن هذا الاختيار يتمشى مع ما ذكره ابن أبي ليلى، وابن عتاب المالكي في الجملة، لكني لا أوافقهما على التسوية بين النخل وغيره في ذلك، بل يستثنى من ذلك ثمر النخل لورود النص فيه.

السبب السابع: أن الفقهاء الذين فصّلوا في ثمار سائر الأشجار، فجعلوا منها ما هو معنى ثمرة النخل المؤبرة، وجعلوا منها ما ليس كذلك، قد اختلفوا في ذلك اختلافًا بيِّنًا ظاهرًا، مما يدل على أن قياسهم لها على ثمر النخل، هو قياس محل نظر.

السبب الثامن: أن العرف قد يؤيد هذا الاختيار؛ لأن الناس قد تعارفوا بيع البساتين، وأنه يدخل في البيع ما يشمله البستان من شجر وثمر، ويقوي هذا أن الأرض تطلق كثيرًا ويراد بها: الأرض مع ما فيها، كما دلَّ على ذلك قول عمر رضي الله عنه للنبي ﷺ: «إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه». الحديث، فقال له النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة» والله تعالى أعلم.

الفصل السادس

الاستثناء
في بيع العقار

الاستثناء في بيع العقار

الاستثناء: ويسمَّى بالثنيا بالضم[1]، من ثنى الشيء: ردّ بعضه على بعض فتثنى وانثنى[2].

«**والاستثناء:** إخراج الشيء من الشيء، لولا الإخراج لوجب دخوله فيه»[3].

«**والاستثناء في البيع:** أن يستثنى شيئًا من المبيع أو يستثنى شيئًا من منفعته.

وأصله من ثناه عن حاجته إذا ردّه عنها كأنه ردَّ بعض المبيع إليه.

قال الجوهري: يقال حلف يمينًا ليس فيها ثني ولا مثنوية ولا ثنية ولا استثناء كله واحد.

وهذا كله من الثني، وهو: الردُّ والكفُّ»[4].

وبعد أنْ عُرف أنَّ الاستثناء في البيع يشمل استثناء شيء من المبيع، ويشمل استثناء منفعة المبيع، كان من المناسب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

---

(١) مختار الصحاح، ص٨٧، كشاف اصطلاحات الفنون، ج١، ص٢٥٨.
(٢) القاموس المحيط باب الواو والياء، فصل الثاء، ج٤، ص٣٠٩.
(٣) كتاب التعريفات للجرجاني، ص٢٣.
(٤) النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ج١، ص٢٧٢.



المبحث الأول: استثناء قدر معلوم من العقار المبيع.

المبحث الثاني: استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة.

وتفصيل ذلك فيما يلي:



المبحث الأول

استثناء قدر معلوم من العقار المبيع

إذا باع الشخصُ أرضه أو داره واستثنى قدرًا معلومًا منها صحَّ البيع، فلو قال: بعتك أرضي هذه أو داري هذه إلا ثلثها أو ربعها، صحَّ البيع؛ لأن من عرف الشيء عرف ثلثه وربعه وما يبقى بعدهما[(١)].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:

«وقد أجمع المسلمون ـ فيما أعلمه ـ على جواز استثناء الجزء الشائع، مثل أن يبيعه الدار إلا ربعها أو ثلثها، واستثناء الجزء المعين إذا أمكن فصله بغير ضرر»[(٢)].

وكذلك إنْ باعه أرضًا إلا جريبًا منها، وهما يعلمان جربانها صح ذلك، وكان مشاعًا فيها[(٣)]؛ لأن الأرض إذا كانت عشرة أجربة ففي الاستثناء كأنه قال: بعتك تسعة أعشار هذه الأرض، وهو معلوم بالمشاهدة.

أما إذا لم يعلما جربان الأرض فلا يصح البيع؛ لأن أجزاء الأرض تختلف فإذا لم يتعين لم يصح لجهالته[(٤)].

---

(١) المهذب، ج١، ص٢٧٢، المغني، ج٤، ص١١٧.
(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص٢١٤.
(٣) المقنع، ج٢، ص١٥، المغني، ج٤، ص١١٧، الإقناع، ج٢، ص٦٩.
(٤) المبدع، ج٤، ص٣١، كشاف القناع، ج٣، ص١٧١، حاشية المقنع، ج٢، ص١٥.

وقد نقل الحسن بن زياد اختلاف أبي حنيفة وأبي يوسف في الحكم: «إذا قال لغيره بعتك هذه الدار بألف درهم إلا مائة ذراع، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ».

وفي قول أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ البيع جائز والمشتري بالخيار إذا علم ذراع الدار فإن شاء كان البائع شريكًا معه في الدار بالمائة الذراع، وإن شاء ترك[١].

وقد وضع بعض العلماء لهذا ضابطًا فقالوا:

لو استثنى من المبيع ما يجوز إفراده بالعقد جاز بالاستثناء، ولو استثنى منه ما لا يجوز إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه[٢].

(١) الفتاوى الهندية، ج٣، ص١٣١، وقد أشير فيها إلى أنه منقول عن المحيط.
(٢) الهداية، ج٥، ص١٠٦، العناية شرح الهداية نفس الجزء والصفحة، الدر المختار، ج٤، ص٥٥٨، المغني، ج٤، ص١١٥.



المبحث الثاني

استثناء منفعة العقار للبيع مدة معلومة

إذا باع الشخص داره، واستثنى منفعتها مدة معلومة كشهر أو باع مزرعته، واستثنى منفعتها مدة معلومة كسنة، أو استثنى البائع المنفعة لغيره، فقد اختلف العلماء في استثناء منفعة المبيع مدة معلومة على أقوال:

القول الأول: البيع باطل، وبه قال الحنفية(١)، وهو المذهب عند الشافعية(٢)، ورواية عن الإمام أحمد(٣)، وبه قال الظاهرية(٤).

ويلاحظ أن ابن قدامة قد ردَّ الرواية عن الإمام أحمد القائلة ببطلان البيع، وذكر أنها ليست في محل النزاع؛ حيث وردت في اشتراط خدمة

---

(١) كتاب الأصل المعروف بالمبسوط، ج٥، ص٩٨، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٨، مختصر القدوري، ج٢، ص٧، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٥٢، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٩، الهداية، ج٥، ص٢١٧.

(٢) الأم، ج٣، ص١٥٥، التنبيه، ص٩٠، المهذب، ج١، ص٢٧٥، فتح العزيز، ج٨، ص٢٠٩، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٠٦، المجموع، ج٩، ص٣٧٨، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٢٢، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص٧٣، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج٤، ص٣٠٨.

(٣) يراجع في هذا المغني، ج٤، ص١٠٩.

(٤) المغني، ج٤، ص١٠٩، المحرر في الفقه، ج١، ص٣١٤، الفروع، ج٤، ص٥٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٤، المبدع، ج٤، ص٥٤،

الجارية، ومحل النزاع هو اشتراط منفعة معلومة في المبيع، وفرق بينهما: أن اشتراط خدمة الجارية مجهولة، وتفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها، ولا يوجد هذا في غيرها[١].

القول الثاني: يصح البيع، ويصح استثناء المنفعة مدة معلومة، وبهذا قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهذه الرواية هي المذهب عند الحنابلة[٢]، وهو قول الأوزاعي، وإسحاق[٣]، وابن شبرمة[٤].

قال النووي: «وبه قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين: أبو ثور، ومحمد بن نصر، وأبو بكر بن خزيمة، وابن المنذر، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث، وروى نحوه عن عثمان، وصهيب رضي الله عنهما»[٥].

وقد نصَّ الحنابلة (رحمهم الله) أنه لا فرق بين أن يستثنى المنفعة لنفسه أو لغيره[٦].

القول الثالث: يصح البيع، ويصح استثناء منفعة العقار المبيع لنفسه مدة معلومة إذا كانت المدة قريبة فإن كانت بعيدة فلا، وهذا هو حاصل مذهب المالكية.

القواعد لابن رجب، ص٤١.

(١) المحلى، ج٩، ص٤٠٣ ـ ٤٠٤، القواعد النورانية الفقهية، ص١٨٤.

(٢) المقنع، ج٢، ص٢٧، المغني، ج٤، ص١٠٨، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤، المحرر في الفقه، ج١، ص٣١٤، الفروع، ج٤، ص٥٩، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٤، وقال فيه: هذا الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب، وهو المعمول به في المذهب.

(٣) المجموع، ج٩، ص٣٧٨، المغني، ج٤، ص١٠٩، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤.

(٤) المحلى، ج٩، ص٤٠٩ ـ ٤١٠، فتح الباري، ج٥، ص٣١٤.

(٥) المجموع، ج٩، ص٣٧٨، وقد ذكر قبل ذلك ص٣٦٩: أنه وجه مرجوح عند الشافعية.

(٦) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ص٢١٩، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.

غير أن المالكية اختلفوا في حدِّ المدة القريبة من المدة البعيدة، وفي الحكم إذا كانت المدة بعيدة.

لذا أورد لهم نصوصًا في هذه المسألة:

جاء في «بداية المجتهد»(١) قوله:

«إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار، ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل: السنة، فذلك جائز». ثم قال بعد ذلك في أثناء بيانه رأي مالك: «فأجازه في المدة القليلة، ولم يجزه في الكثيرة».

وجاء في «مقدمات ابن رشد»(٢) في أثناء بيانه أقسام الشروط في البيوع على مذهب الإمام مالك رحمه الله قوله:

«والثالث: يجوز فيه البيع والشرط.. مثل أن يبيع الرجل الدار، ويشترط سكناها أشهرًا معلومة».

وجاء في «كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي»(٣) قوله:

«وجائز بيع الدار واستثناء سكناها شهرًا أو شهرين أو سنة، ونحو ذلك».

وقد جمع ابن رشد الجد أقوال المالكية، فقال في كتابه «البيان والتحصيل»(٤):

«.. كره مالك أن يستثنى سكنى أكثر من سنة».

---

(١) ج٢، ص١٦١.
(٢) ص٥٤٤.
(٣) ج٢، ص٦٨٣.
(٤) ج٧، ص٢٠١ ـ ٢٠٢.

ثم قال بعد ذلك:

«الأصل في هذه المسألة أنه يجوز للبائع أنْ يستثني من المدة ما يؤمن تغيير بناء الدار فيها».

وقد اختلف في حد ذلك اختلافًا كثيرًا:

فلابن شهاب في المدونة: إجازة ذلك العشرة أعوام.

ومثله لابن القاسم في كتاب ابن المواز.

ويقوم ذلك من كتاب العارية من المدونة[1]؛ لأنه أجاز فيه: أن يعير الرجل الأرض على أن يبني فيها ويسكنها عشر سنين إذا بيّن البنيان ما هو، وهو قول المغيرة.

وأجاز ذلك سحنون.. في الخمسة الأعوام.

وقد روى ابن وهب عن مالك: السنة ونصف.

وينبغي أن ينظر في هذا إلى حسن البناء وتحصينه، فربَّ بناء يتغير إلى المدة القريبة، وربَّ بناء لا يتغير المدة الطويلة.

وأما بيع الأرض واستثناؤها أعوامًا؛ فهو أخف يجوز في العشرة الأعوام، وهو قول ابن القاسم في أول سماع أصبغ من كتاب الحبس، ومثله في كتاب ابن المواز.

وقال المغيرة: يجوز في ذلك السنين ذوات العدد، ولا يجوز في الدار إلا العشر سنين ونحوها.

ولابن القاسم في المدنية: «لا يجوز ذلك في الأرض ولا في الدار أكثر من السنة، وهو بعيد وشاذ في الأرض، والله الموفق».

---

(١) ينظر المدونة المجلد السادس، ص١٦٦ ـ ١٦٧.

وخلاصة مذهب المالكية المذكور في المصادر السابقة، وفي غيرها[(١)]:

أنه يصح بيع العقار واستثناء البائع منفعته مدة لا يتغير فيها غالبًا.

وأما حدُّ المدة التي لا يتغير فيها العقار، ففيها خلاف قال عنه ابن حبيب في أثناء كلامه عن استثناء منفعة الدار:

«الخلاف خلافٌ في حال لا في فقه، فإن كانت لا تتغير فيها غالبًا جاز»[(٢)].

القول الرابع: يصح البيع ويبطل الاستثناء، وبه قال ابن أبي ليلى[(٣)]، والنخعي، والحسن[(٤)].

هذه هي الأقوال على التفصيل، ويمكن إرجاعها إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: البيع باطل.

القول الثاني: يصح البيع، ويصح استثناء المنفعة مدة معلومة.

القول الثالث: البيع صحيح والاستثناء باطل.

وإليك أدلة هذه الأقوال الثلاثة:

أدلة القول الأول:

استدل للقول الأول بالأدلة الآتية:

---

(١) ينظر في ذلك: مختصر خليل، ج٧، ص٤٦٦، قوانين الأحكام الشرعية، ص٢٨٥ الشرح الكبير، ج٤، ص١٣، الشرح الصغير، ج٣، ص١٣٧، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٨٧، حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٣، منح الجليل، ج٧، ص٤٦٦، الفقه الواضح، ج٣، ص٦٩.

(٢) منح الجليل، ج٧، ص٤٦٦.

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٨، المحلى، ج٩، ص٤٠٩، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٣٢.

(٤) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص١٣٢.

الدليل الأول: ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه عن النبي ﷺ: أنه «نهى عن بيع وشرط»(١). أخرجه الطبراني في الأوسط(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أنه قد دلَّ الحديث بظاهره على النهي عن الشرط في البيع، والنهي يقتضي الفساد، فإذا استثنى منفعة العقار المبيع بطل البيع لدخوله في عموم النهي.

المناقشة:

نوقش استدلالهم بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث ضعيفٌ، فقد أنكره الإمام أحمد وغيره، قال شيخ الإسلام ابن تيمية بعد إيراده لهذا الخبر: «وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه»(٣).

---

(١) فتح القدير، ج٥، ص٢١٤، بداية المجتهد، ج٢، ص١٦٠، المهذب، ج١، ص٢٧٥، المجموع، ج٩، ص٣٦٧، شرح النووي لصحيح مسلم، ج١١، ص٣٠، فتح الباري، ج٥، ص٣١٥، سبل السلام، ج٣، ص٨، نيل الأوطار، ج٥، ص١٧٩.

(٢) الحديث أخرجه الطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث من طريق عبد الوارث ابن سعيد عن أبي حنيفة: حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ: أنه نهى عن بيع وشرط، أورده في قصة. قال الزيلعي في نصب الراية، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، الحديث الحادي عشر، ج٤، ص١٧، وتبعه في ذلك ابن حجر في: «الدراية في تخريج أحاديث الهدية» باب خيار الرؤية والبيع الفاسد، حديث رقم ٧٧٧، ج٢، ص١٥١.

وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير»: باب البيوع المنهي عنها حديث رقم ١١٥٠، ج٣، ص١٢ وقال: «استغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلى، والخطابى في معالم السنن، والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث..».

والحديث في معالم السنن، ج٣، ص١٤٥، وفي المحلى: مسألة ١٤٤٧، ج٩، ص٤٠٩.

(٣) القواعد النورانية الفقهية، ص١٨٨.

وكذلك نقل في «المبدع»[١] أن الإمام أحمد: أنكر الخبر، وقال: لا نعرفه مرويًّا في مسند.

وقال النووي تعليقًا على الاستدلال بالحديث:

«أما الحديث فغريب»[٢].

وقال الزيلعي في «نصب الراية»[٣] في أثناء كلامه عن هذا الحديث، وأنه من طريق أبي حنيفة:

ما نصه:

«قال ابن القطان: وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث».

وقال ابن حجر في «فتح الباري»[٤]:

«وأما حديث النهي عن بيع وشرط ففي إسناده مقال، وهو قابل للتأويل».

وقد ورد مثل ذلك في «سبل السلام»[٥]، وفي «نيل الأوطار»[٦].

الوجه الثاني: أنه مخالف للسنّة الصحيحة، والقياس، وقد انعقد الإجماع على خلافه:

قال ابن القيم رحمه الله في فصل تحريم الإفتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص وإيراده.

---

(١) ج٤، ص٥٤.
(٢) المجموع، ج٩، ص٣٦٨.
(٣) ج٤، ص١٨.
(٤) ج٥، ص٣١٥.
(٥) ج٣، ص٨.
(٦) ج٥، ص١٧٩.

الأمثلة لذلك:

«المثال الرابع والثلاثون: ردّ السنة الصحيحة الصريحة المحكمة في وجوب الوفاء بالشروط في النكاح، وأنها أحق الشروط بالوفاء على الإطلاق، بأنها خلاف الأصول، والأخذ بحديث النهي عن بيع وشرط الذي لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنّة الصحيحة، والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه، ودعوى أنه موافق للأصول.

أما مخالفته للسنّة الصحيحة، فإن جابرًا باع بعيره وشرط ركوبه إلى المدينة، والنبي ﷺ قال: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فجعله للمشتري بالشرط الزائد على عقد البيع، وقال: «من باع ثمرة قد أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»، فهذا بيع وشرط ثابت بالسنّة الصحيحة الصريحة.

وأما مخالفته للإجماع: فالأمة مجمعة على جواز اشتراط: الرهن، والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد، فهذا بيع وشرط متفق عليه، فكيف يجعل النهي عن بيع وشرط موافقًا للأصول، وشروط النكاح التي هي أحق الشروط بالوفاء مخالفة للأصول؟»[١].

الوجه الثالث: ما نقل عن ابن عرفة أنه قال:

«لا أعرف «حديث النهي عن بيع وشرط» إلا من طريق عبد الحق، وحمله أهل المذهب على وجهين:

أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد.

---

(١) إعلام الموقعين، ج٢، ص٣٢٧ ـ ٣٢٨.

والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن»[(١)].

الوجه الرابع: أن الفقهاء الذين قالوا ببطلان البيع استدلالًا بهذا الحديث لم يبطلوا كل الشروط، بل جعلوا النهي عن بيع وشرط معلولًا بوقوع النزاع، فحيث يترتب على الشرط نزاع لا يصح، وحيث ينتفي النزاع يصح[(٢)].

قال البابرتي الحنفي في أثناء حديثه عن أقسام الشروط، وعن حديث (النهي عن بيع وشرط):

وهو «معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة»[(٣)].

وقال ابن نجيم في «الأشباه والنظائر»[(٤)]:

«البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعًا»، ثم ذكرها.

وقال الرافعي:

«ومن البيوع التي ورد النهي عنها البيع المشروط، روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع وشرط».

قال حجة الإسلام: مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع، لكن المفهوم من تعليله أنه إذا انضم الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد يثور بسببها منازعة، وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد فحيث تفقد هذه العلة تستثنيه عن الخبر، ولذلك يستثنى عنه شروطٌ، ورد في تصحيحها نصوص»[(٥)].

---

(١) منح الجليل، ج٥، ص٥١ ـ ٥٢.
(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص٤٧٤.
(٣) العناية شرح الهداية، ج٥، ص٢١٥.
(٤) ص٢١٠، وينظر في ذلك أيضًا: غمز عيون البصائر، ج٢، ص٢٨١.
(٥) فتح العزيز، ج٨، ص١٩٥.

وقد ورد نحو هذا في «الوجيز»[١]، وذكر فيه أن من المواضع المستثناة: شرط الأجل المعلوم، وشرط الخيار ثلاثة أيام، وشرط الرهن والكفيل والشهادة.

اعتراض:

وقد اعترض على القول بأن «النهي عن بيع وشرط» معلول بوقوع النزاع الذي يؤدي إليه الشرط، نظرًا إلى أن المشترط يطالب بموجب الشرط، والمشترط عليه يمتنع عن الوفاء به بحكم الشرع؛ حيث إنه منهي عنه، هذا التعليل عليه اعتراضان:

أولهما: أن هذا الشرط بإرادة الطرفين وتراضيهما، فكيف يمتنع العاقد عن الوفاء بهذا الشرط الذي رضيه.

ثانيهما: أن النزاع قد يتصور إذا لم يكن هناك سوى حديث «النهي عن بيع وشرط»، فحينئذٍ يكون له الامتناع بحكم الشرع، أما وقد أثبتت الأحاديث الصحيحة جواز الاشتراط في العقد، ولزوم الوفاء بالشروط، فقد أصبح النزاع غير موجود عند المطالبة بالوفاء بالشرط، فالمشترط يطالب بالوفاء بالشرط، والمشترط عليه يلزمه الوفاء به بحكم الشرع[٢].

الوجه الخامس: أنه لو صح حديث «النهي عن بيع وشرط»، فإنه يمكنُ حمله على الشرط الذي يخالف الشرع، وذلك أن بعض الشروط لا يمكن الوفاءُ بها بحكم الشرع:

منها: الشرط الذي يؤدي إلى الغرر.

ومنها: الشرط الذي يخالف نصًّا.

---

(١) ج١، ص١٣٨.
(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ٤٧٥.

ومنها: الشرط الذي يؤدي إلى محظور، ونحو ذلك من الشروط الباطلة، فهذه الشروط الباطلة يمكن أن يحمل عليها الحديث لو سلم بصحته»[(١)].

الوجه السادس: أنَّ حديث «النهي عن بيع وشرط» مع ما فيه من المقال هو أعمُّ من أحاديث اشتراط منفعة المبيع، وما في معناها، فيقدم الخاص على العام[(٢)].

الدليل الثاني: من أدلة القائلين ببطلان البيع:

ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحلُّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع». الحديث أخرجه أحمد، وأصحاب السنن[(٣)].

كما روى أحمد عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة»[(٤)].

---

(١) منح الجليل، ج٥، ص٥١ ـ ٥٢، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص٤٧٥ ـ ٤٧٦.
(٢) نيل الأوطار، ج٥، ص١٧٩.
(٣) الحديث أخرجه أبو داود رقم ٣٤٩٩، وأخرجه الترمذي رقم ١٢٣٤ وقال: وهذا حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائي في سننه ٢٨٨/٧، باب بيع ما ليس عند البائع، وأخرجه ابن ماجه في سننه رقم ٢١٨٨ بلفظ: «لا يحل بيع ما ليس عندك ، ولا ربح ما لم يضمن»، وأخرجه أحمد في مسنده ١٧٤/٢، ١٧٩، ٢٠٥، وأخرجه الحاكم في المستدرك ١٧/٢، كتاب البيوع ، باب لا يجوز بيعان في بيع.. وقال: حديث صحيح على شرط جماعة من أئمة الحديث، ووافقه الذهبي في التخليص، والحديث حسنه الألباني في إرواء الغليل ١٤٦/٥، وصححه في صحيح الجامع الصغير وزيادته ٢/ ١٢٦٦. (سقط تخريج الحديث في هذا الموضع فنقل باختصار من بحث آخر للمؤلف).
(٤) أخرجه أحمد في مسنده، ج١، ص٣٩٨: حدثنا عبدالله حدثني أبي ثنا حسن وأبو النضر وأسود بن عامر قالوا: ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما عن أبيه قال: نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة، قال أسود: قال شريك: قال سماك: الرجل يبيع البيع فيقول هو نَساء بكذا وكذا وهو نقد بكذا وكذا.
وقد بيّن الزيلعي في نصب الراية، ج٤، ص٢٠ أنه روي مرفوعًا وموقوفًا، وذكر ذلك، ولخص ابن حجر ما ذكره في الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج٢، ص١٥٢، حديث رقم ٧٧٩ فقال: =

واستثناء منفعة العقار إنْ كان يقابل ذلك جزء من الثمن يكون إجارة في بيع، وإن لم يقابل ذلك جزء من الثمن يكون إعارة في بيع، وعلى كلا التقديرين يؤدي استثناء منفعة العقار إلى اجتماع صفقتين في صفقة، وهو منهي عنه[1].

المناقشة:

يلاحظ أنهم استدلوا بحديثين:

أحدهما: النهي عن شرطين في بيع.

وثانيهما: النهي عن صفقتين في صفقة.

فأما الاستدلال بالنهي عن شرطين في بيع فيناقش بأن:

العلماء قد اختلفوا في معنى هذا الحديث:

ففي المذهب الحنفي:

جاء في «كتاب الأصل المعروف بالمبسوط»[2] ما نصه:

وإذا باع الرجل بيعًا، فقال: هو بالنسيئة بكذا، وبالنقد بكذا وكذا، أو قال: هو إلى أجل كذا بكذا وكذا، وإلى أجل كذا بكذا وكذا، فافترقا على هذا، فإنه لا يجوز، بلغنا عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن شرطين في بيع».

قال محمد: «حدثنا بذلك أبو حنيفة رفعه إلى النبي ﷺ».

«حديث: نهى عن صفقتين في صفقة، أحمد والعقيلي والبزاز والطبراني في الأوسط من حديث ابن مسعود، وأخرجه: أبو عبيد، وابن حبان، والطبراني والعقيلي عن ابن مسعود موقوفًا، قال العقيلي وهو أصحُّ.

وفي الباب: عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ: «نهى عن بيعتين في بيعة»، وصححه الترمذي، وأخرجه النسائي. انتهى ما ذكره ابن حجر في الدراية.

أما في تلخيص الحبير، ج٣، ص١٢، حديث رقم،١١٤٩ فقد ذكر هذا الحديث في أثناء كلامه عن حديث: «نهى عن بيعتين في بيعة»، وسكت عن الحكم عليه، أقصد حديث: «نهصى عن صفقتين في صفقة»، وقد صحح الألباني في إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٨، وقفه وضعف رفعه.

(١) فتح القدير، ج٥، ص٢١٨.

(٢) ج٥، ص٩١، المسألة رقم: ١٥.

وفي المذهب المالكي:

جاء في «المدونة»[١]: في أثناء الحديث عن الرجل يشتري بشرطين، ما نصه: «.. قلت أرأيت أن أشتري سلعة إلى أجلين مختلفين، إنْ نقد إلى أجل كذا وكذا، فبكذا وكذا.

وإن نقد إلى أجل كذا وكذا، فبكذا وكذا.

قال: قال مالك: هذا البيع مفسوخ لا يجوز».

وفي المذهب الشافعي:

قال البغوي رحمه الله:

«وقوله: «ولا شرطان في بيع»، فهو أن يقول: بعتك هذا العبد بألف نقدًا أو بألفين نسيئة، فمعناه: معنى البيعتين في بيعة، وقيل: معناه أن يقول: أبيعك ثوبي بكذا وعليَّ قصارته وخياطته، فهذا أيضًا فاسد.. ولا فرق في هذا بين شرطين، أو شرط واحد عند أكثر أهل العلم؛ لأن العلة في الكل واحدة، وهي أنه إذا قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم على أن تقصره، فإن العشرة التي هي الثمن تنقسم على ثمن الثوب، وعلى أجرة القصارة وإذا فسد الشرط لا يدري كم يبقى ثمن الثوب، وإذا صار الثمن مجهولًا، بطل البيع»[٢].

وفي المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة في «المغني»[٣] عند شرحه لقول الخرقي: «ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد» ما نصه:

---

(١) المجلد الرابع، ص١٥١.
(٢) شرح السنّة، ج٨، ص١٤٥ ـ ١٤٦.
(٣) ج٤، ص٢٤٨، وورد هذا في الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٩، وورد نحو هذا في الإنصاف، ج٤، ص٣٤٨، والمبدع، ج٤، ص٥٥.

«ثبت عن أحمد رحمه الله أنه قال: الشرط الواحد لا بأس به، إنما نهى عن الشرطين في البيع.. واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما.

فروي عن أحمد: أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد.. وروي عن الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين.. بشرطين فاسدين.. وظاهر كلام أحمد: أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو..».

خلاصة الآراء في تفسير الحديث:

يتلخص من الآراء السابقة أن للنهي عن شرطين في بيع ثلاثة تفسيرات:

التفسير الأول: التردد بين النقد والنسيئة، مثل أن يقول: بعتك بكذا نقدًا وبكذا نسيئة، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية.

وبناء على هذا التفسير: لا يتناول الحديث بيع العقار واستثناء منفعته مدة معلومة.

التفسير الثاني: اشتراط شرطين صحيحين في البيع، مثل أبيعك هذا القماش بكذا، وعلي قصارته وخياطته، وهذا تفسير مرجوح عند الشافعية، وقد أورده الحنابلة. وهو أيضًا لا يتناول بيع العقار واشتراط منفعته مدة معلومة؛ لأنه شرط واحد.

التفسير الثالث: اشتراط شرطين فاسدين في العقد، مثل أن يقول: أبيعك هذه الدار بكذا، بشرط ألا تبيعها، ولا تنتفع بها.

وهذا أحد التفسيرين عن الإمام أحمد، وقال ابن قدامة: إنَّ ظاهر كلام أحمد يدل على ذلك[1].

---

(١) وقد رأيت في المجموع، ج٩، ص٣٦٩، أنه نقل أبو ثور عن الشافعي: أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال، بل يلغى الشرط ويصح البيع، وقال عنه النووي أنه غريب.

ويترجَّح «التفسير الثالث للاعتبارات الآتية»:

١ ـ أنه يستعمل كلمة الشرط في معناها الاصطلاحي، وهو ما يطلق على أمر عارض محتمل الوقوع في المستقبل، وحمل اللفظ على ظاهره أولى من حمله على غير ظاهره.

٢ ـ أنه يعطي معنى جديدًا، غير المعنى الذي أفاده حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وبخاصة أن في بعض روايات الحديث الجمع بين النهي عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وهذا الجمع يرجّح اختلاف المعنى؛ لأن التأسيس خير من التأكيد.

٣ ـ أن اعتبار الشرطين المنهي عنهما هما الشرطان الفاسدان اعتبارٌ سليم؛ لأن الشروط الصحيحة لا تؤثر في صحة العقد، وهي منفردة فيلزم ألا تؤثر فيه، وهي مجتمعة، لأن الصحة لا تنتج فسادًا...

٤ ـ أنه يمكن بناء على هذا التفسير للحديث التفريق بين عقد اشتمل على شرط فاسد، وعقد اشتمل على شرطين فاسدين، فالأول لا يفسد العقد، والثاني يفسده»[١].

وأما مناقشة استدلالهم بالنهي عن صفقتين في صفقة فيناقش بأمرين:

أحدهما: أنه قد روي مرفوعًا وموقوفًا، والصحيح فيه أنه موقوف على ابن مسعود كما سبق بيانه في أثناء تخريجه، وهو على هذا قول صحابي عارض فيه الأحاديث الصحيحة عن النبي ﷺ فلا تقوم به حجة.

وثانيهما: أنه قد اختلف في تفسيره:

ففسَّره «سمَّاك» وهو راوية كما جاء في مسند الإمام أحمد[٢].

---

(١) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(٢) ج١، ص٣٩٨.

بالرجل يبيع البيع فيقول: هو نساء بكذا وكذا، وهو نقد بكذا وكذا.

وبناء على هذا التفسير يكون معناه موافقًا لمعنى النهي عن بيعتين في بيعة، الذي اختلف في تفسيره أيضًا.

وأما ابن الهمام في «فتح القدير»(١):

فقد أشار إلى أن النهي عن صفقتين في صفقة أعمُّ من النهي عن بيعتين في بيعة؛ لأن النهي عن بيعتين في بيعة هو في البيع خاصة.

وأما ابن القيم رحمه الله فقد ردَّ قول من جعل النهي عن شرطين في بيع، وأن معناه: النهي عن بيعتين في بيعة، والنهي عن صفقتين في صفقة، وبيَّن معنى صفقتين في صفقة فقال:

«وهذا بعيد من معنى الحديث من وجهين:

أحدهما: أنه لا يدخل الربا في هذا العقد، وقد قال ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما(٢)، أو الربا(٣)».

الثاني: أن هذا ليس بصفقتين، إنما هو صفقة واحدة بأحد الثمنين، وقد ردده بين الأولين أو الربا، ومعلوم أنه إذا أخذ بالثمن الأزيد في هذا العقد لم يكن ربًا، فليس هذا معنى الحديث.

وفسّر بأن يقول: خذْ هذه السلعة بعشرة نقدًا، وآخذها منك بعشرين نسيئة، وهي مسألة العينة(٤)، وهذا هو المعنى المطابق للحديث، فإنه إذا

(١) ج٥، ص٢١٨.

(٢) أوكسهما: الوكس: النقص، (مختار الصحاح، ص٧٣٤).

(٣) الحديث أخرجه ابن أبي شيبه في: «المصنف»، ج٧، ص١٩٢، والحاكم، في: «المستدرك» كتاب البيوع، ج٢، ص٤٥، وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي على ذلك في «التلخيص»، وأخرجه البيهقي في: «السنن الكبرى»، ج٥، ص٣٤٣..

(٤) جاء في نيل الأوطار، ج٥، ص٢٠٧ ما نصه: «قال الرافعي: وبيع العينة هو: أن يبيع=

كان مقصوده الدراهم العاجلة بالآجلة، فهو لا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الثمنين، فإن أخذه أخذ أوكسهما وإن أخذ الثمن الأكثر، فقد أخذ الربا، فلا محيد له عن أوكس الثمنين أو الربا، ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى، وهذا هو بعينه الشرطان في بيع، فإن الشرط يطلق على العقد نفسه، لأنه تشارطا على الوفاء به، فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيرًا كالضرب يطلق على المضروب، والحلق على المحلوق، والنسخ على المنسوخ، فالشرطان كالصفقتين سواء.

وإذا أردت أن يتضح لك هذا المعنى، فتأمل نهيه ﷺ في حديث ابن عمر عن بيعتين في بيعة، وعن سلف وبيع. رواه أحمد، ونهيه في هذا الحديث عن شرطين في بيع، وعن سلف وبيع، فجمع السلف والبيع مع الشرطين في البيع، ومع البيعتين في بيعة، وسر ذلك أن كلا الأمرين يؤول إلى الربا، وهو ذريعة إليه، أما البيعتان في بيعة، فظاهر: فإنه إذا باعه السلعة إلى شهر، ثم اشتراها بما شرطه له، كان قد باع بما شرطه له بعشرة نسيئة، ولهذا المعنى حرم الله ورسوله العينة.

وأما السلف والبيع؛ فلأنه إذا أقرضه مائة إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بمائة، فقد جعل هذا البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي بموجبه ردّ المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد القرض لما اشترى ذلك»[1].

=شيئًا من غيره بثمن مؤجل، ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقد أقل من ذلك القدر. انتهى.
قال ابن رسلان في شرح السنن: وسميت هذه المبايعة عينة، لحصول النقد لصاحب العينة؛ لأن العين هو المال الحاضر، والمشتري إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل إليه من فوره ليصل به إلى مقصوده».

(١) تهذيب السنن، ج٥، ص١٤٨.

والخلاصة:

أن النهي عن صفقتين في صفقة لا يتناول استثناء منفعة المبيع مدة معلومة.

ويؤيد هذا ما ذكره المرداوي في «الإنصاف»[(١)]؛ حيث قال: «حكى كثير من الأصحاب فيما إذا اشترط المشتري نفع البائع في المبيع الروايتين بصحة شرط البائع نفعًا معلومًا في المبيع، وفرقوا بينهما بأن اشتراط نفع البائع جمعًا بين بيع وإجارة، فقد جمع بين بيعتين في بيعة، وهو منهي عنه.

وأما اشتراط منفعة المبيع: «فهو استثناء بعض أعيان المبيع، وكما لو باع أمة مزوجة أو مؤجرة، أو شجرة عليها ثمرة قد بدا صلاحها».

فالمعقود عليه «هو العين مستثنى منها بعض منافعها، وليست العين كلها، ومن ثمَّ لا يكون هناك اجتماع صفقتين في صفقة؛ لأن الثمن يراعى فيه أن العين المبيعة قد جردت منها بعض منافعها لمدة معينة، ومثل هذا يقابله جزء من الثمن، فلا شك أن من اشترى منزلًا بدون شرط السكنى سنة ـ مثلًا ـ يكون أكثر ثمنًا من شراء بيت فيه شرط السكنى، إذن المبيع بهذا الثمن هو الدار مستثنى من منافعها السكنى سنة، فليس هناك عقد إجارة أو إعارة، وإنما المنفعة المشترطة قد قدرت بقدر من ثمن المبيع، ووقع البيع على ما عداها»[(٢)].

الدليل الثالث: من أدلة القائلين ببطلان البيع: ما رواه جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثنيا»[(٣)]. أخرجه مسلم[(٤)].

---

(١) ج٤، ص٣٤٦.
(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص٤٨١ ـ ٤٨٢.
(٣) بداية المجتهد، ج٢، ص١٦٠، شرح النووي لصحيح مسلم، ج١١، ص٣٠، فتح الباري، ج٥، ص٣١٥.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة.. ج٩،=

وجه الدلالة من الحديث:

هو أن الثنيا المراد بها الاستثناء في البيع، نحو: أن يبيع الرجل الشيء ويستثني بعضه، أو يستثني منفعته، وعليه فإنَّ استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة يكون داخلًا تحت النهي عن بيع الثنيا، والنهي يقتضي الفساد، فلا يصح البيع.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بالنهي عن الثنيا أنه قد ورد مقيَّدًا بقوله: «إلا أن يعلم»، كما سبق الإشارة إليه آنفًا في تخريجه. قال ابن حجر.

«.. وأما حديث النهي عن الثنيا ففي نفس الحديث: «إلا أن يعلم»، فعلم أن المراد أن النهي إنما وقع عما كان مجهولا»[(١)].

وقد أورد مثل ذلك الشوكاني في «نيل الأوطار»[(٢)].

الدليل الرابع: ما رواه الزهري أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحقُّ بها بثمنها، فلقي عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر له فقال: ما يعجبني أن تقر بها ولأحد فيها شرط، فرجع عبدالله فردها[(٣)].

=ص١٩٥، عن جابر بن عبدالله قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة.. وعن الثنيا، ورخص في العرايا».
والحديث سبق تخريجه، ص٤٣٦، وفيه زيادة: إلا أن تعلم.

(١) فتح الباري، ج٥، ص٣١٥.

(٢) ج٥، ص١٧٩.

(٣) ورد الاستدلال به في: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص١٨، شرح معاني الآثار، ج٤، ص٤٧، المهذب، ج١، ص٢٧٥، وقد صحح النووي هذا الأثر في المجموع، ج٩، ص٣٦٨ ـ ٣٧٨، وذكر أنه أخرجه البيهقي.

وأخرج الطحاوي[(١)] أن زينب امرأة عبدالله بن مسعود باعت عبدالله جارية وأشرطت خدمتها فذكر ذلك لعمر رضي الله عنه فقال: لا تقربها وفيها مثنوية[(٢)].

فدل ذلك على أن اشتراط بعض منفعة المبيع لا يصح.

المناقشة:

يمكن مناقشة الأثر الأول بأنه لا يدل على عدم الصحة، وإنما الذي فيه أنه خلاف الأولى كما يفهم ذلك من قول عمر رضي الله عنه: «ما يعجبني».

وأما الأثر الثاني: فيناقش: بأن الخدمة مجهولة، وإذا اشترط ما يؤدي إلى الجهالة لا يصح.

يؤيد هذا ما قاله ابن قدامة رحمه الله حين ردَّ الرواية الثانية عن الإمام أحمد أنه قال في الرجل يشتري من الرجل الجارية، ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل قال رحمه الله:

«وهذه الرواية لا تدل على محلِّ النزاع في هذه المسألة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين:

أحدهما: أنها مجهولة وإطلاقها يقتضي خدمتها أبدًا، وهذا لا خلاف في بطلانه إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة.

الثاني: أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها، فيفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها، ولا يوجد هذا في غيرها، ولذلك منع إعارة الجارية الشابة لغير محرمها»[(٣)].

---

(١) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٤٧.

(٢) ورد الاستدلال به في المهذب، ج١، ص٢٧٥، المجموع، ج٩، ص٣٦٨، وقد صحح فيه الأثر، وذكر أنه أخرجه البيهقي. (وفي رواية: «لا تشتريها وفيها مَثْنَوِيَّة»).

(٣) المغني، ج٤، ص١٠٩.

الدليل الخامس: أن استثناء منفعة المبيع ينافي مقتضى العقد، وذلك أن العقد إذا تمَّ استتبع أحكامه وآثاره، فاشتراط البائع بعض منفعة المبيع لنفسه، أو لغيره، ينافي ما أوجبه العقد من انتفاع المشتري بالمعقود عليه انتفاعًا كاملًا من وقت تمام العقد، وهو بذلك يكون منافيًا لمقتضى العقد، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه[(١)].

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بأنه ليس في استثناء منفعة المبيع منافاة لمقتضى العقد، وذلك أنه قد التزم المشتري بأن تكون المنفعة للبائع مدة معلومة.

«وأكثر ما فيه تأخير تسليمه مدة معلومة فصحَّ، كما لو باعه أمة مزوجة، أو دارًا مؤجرة، ونحوهما»[(٢)].

كما أن قولهم: «فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه»، «ينتقض باشتراط الخيار، والتأجيل في الثمن»[(٣)] على أن جعل استثناء منفعة المبيع ينافي مقتضى العقد.

قد يناقش:

بما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية:

«من قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له:

أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقًا؟

فإن أراد الأول: فكل شرط كذلك.

---

(١) العناية شرح الهداية، ج٥، ص٢١٦، المهذب، ج١، ص٢٧٥، المجموع، ج٩، ص٣٦٨، المغني، ج٤، ص١٠٩، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص٤٦٧.
(٢) كشاف القناع، ج٣، ص١٩٠.
(٣) المغني، ج٤، ص١١٠.

وإن أراد الثاني: لم يسلم له، وإنما المحذور: أن ينافى مقصود العقد، كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده»[(١)].

الدليل السادس: ما ذكره الكاساني حيث قال:

«.. شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري.. نحو ما إذا باع دارًا على أن يسكنها البائع شهرًا ثم يسلمها إليه، أو أرضًا على أن يزرعها سنة.. ونحو ذلك:

فالبيع في هذا كله فاسدٌ؛ لأن زيادة منفعة مشروطه في البيع تكون ربًا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا»[(٢)].

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بأن القول: إنه يترتب عليه منفعة زائدة في البيع: لا يمنع الصحة؛ لأن هذا يقال لكل شرط في عقد البيع، وهذا لا يضره، لأنه لا ينافي مقصود العقد كما سبق نقل ذلك عن شيخ الإسلام ابن تيمية في آخر مناقشة الدليل الرابع.

وقوله: «لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع»، هو محل نظر؛ لأن الثمن يراعى فيه أن العين المبيعة قد جردت منها بعض منافعها لمدة معلومة، ومثل هذا يقابله نقص من الثمن، فمن اشترى منزلًا بدون استثناء السكن يكون أكثر ثمنًا من شراء منزل فيه استثناء السكنى مدة معينة.

---

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٢، وقد ورد نحوه ص٢٠٣.
(٢) بدائع الصنائع، ج٥، ص١٦٩.

أدلة القول الثاني:

استدل على صحة البيع، وصحة استثناء منفعة المبيع مدة معلومة بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: عموم الآيات التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود[(١)]، منها: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[(٢)].

قال أبو بكر الجصَّاص في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾:

«العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.. وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد»[(٣)]، وقد ورد نحو ذلك في تفسير القرطبي[(٤)].

وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[(٥)].

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلۡتُمۡ فَٱعۡدِلُواْ وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰۖ وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾[(٦)].

وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمۡ﴾[(٧)].

وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدۡ كَانُواْ عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبۡلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلۡأَدۡبَٰرَۚ وَكَانَ عَهۡدُ ٱللَّهِ مَسۡـُٔولٗا﴾[(٨)].

---

(١) راجع في ذلك، المحلىٰ، ج٩، ص٤٠٦، القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٣٨، إعلام الموقعين، ج١، ص٣٤٥، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص٤٦٧، الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي، ج٢، ص٢١٢.

(٢) سورة المائدة، آية: ١.

(٣) أحكام القرآن للجصاص، ج٢، ص٣٦٠.

(٤) ج٦، ص٣٢.

(٥) سورة الإسراء، آية: ٣٤.

(٦) سورة الأنعام، آية: ١٥٢.

(٧) سورة النحل، آية: ٩١.

(٨) سورة الأحزاب، آية: ١٥.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية:

«فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عامٌّ، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا۟ عَـٰهَدُوا۟ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ﴾؛ فدلَّ على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، كالنذر، والبيع إنما أمر بالوفاء به.. وقال سبحانه: ﴿وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ﴾[1].

قال المفسرون ـ كالضحاك وغيره ـ تساءلون به: تتعاهدون وتتعاقدون.

وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك، أو مال أو نفع، ونحو ذلك»[2].

الدليل الثاني: عموم الأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعهود والشروط، وتنهى عن الغدر[3].

والأحاديث في هذا كثيره مثل:

حديث عبدالله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أربع من كنَّ فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق، حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر». متفق عليه[4].

---

(١) سورة النساء، آية: ١.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٢ ـ ١٩٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٣٨ ـ ١٣٩.

(٣) ينظر في ذلك: القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٤٤، إعلام الموقعين، ج١، ص٣٤٥.

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ج١،=

وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

«إن أحق الشروط أن توفوا به: ما استحللتم به الفروج». أخرجه البخاري وغيره[(١)].

«فدلَّ على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحقُّ بالوفاء من غيرها»[(٢)].

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي، ثم غدر، ورجل باع حرًّا، ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعطه أجره». أخرجه البخاري[(٣)].

«فذم الغادر، وكل من شرط شرطًا ثم نقضه فقد غدر»[(٤)].

=ص١٥، وأخرجه في: كتاب المظالم، باب: إذا خاصم فجر، ج٣، ص١٧٢، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ج٢، ص٤٦ (صحيح مسلم بشرح النووي).

(١) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ج٣، ص٢٤٩، وفي كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج٧، ص٢٦.
وأخرجه النسائي في: «سننه» كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج٦، ص٩٢ ـ ٩٣، وأخرجه ابن ماجه في: «سننه» كتاب النكاح، باب: الشرط في النكاح، ج١، ص٦٢٨، حديث رقم: ٦٢٨، وأخرجه أحمد في «المسند»، ج٤، ص١٤٤، ١٥٠، ١٥٢، وأخرجه الدارمي في: «سننه» كتاب: النكاح، باب: الشروط في النكاح، ج٢، ص١٤٣.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٧، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٤٥.

(٣) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه كتاب: البيوع، باب: إثم من باع حرًا، ج٣، ص١٠٨، وأخرجه في: كتاب الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، ج٣، ص١١٨، وأخرجه ابن ماجه في: «سننه»، كتاب الرهون، باب: أجر الأجراء، ج٢، ص٨١٦، حديث رقم: ٢٤٤٢. وأخرجه أحمد في «المسند، ج٢، ص٣٥٨».

(٤) القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٧.

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحلَّ حرامًا أو حرم حلالًا، والمسلمون على شروطهم». أخرجه أبو داود والدارقطني[١].

وروى كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرَّم حلالًا أو أحل حرامًا». أخرجه الترمذي وغيره[٢]، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

مناقشة الدليلين:

ناقش ابن حزم الاستدلال بعموم الآيات والأحاديث السابقة فقال: «أمَّا أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود، فلا يختلف اثنان في أنه ليس على عمومه ولا على ظاهره، وقد جاء القرآن بأن نجتنب نواهي الله تعالى ومعاصيه، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها، فإذْ لا شكَّ في هذا فقد صحَّ أن كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، والباطل محرم، فكل محرم لا يحل الوفاء به.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ﴾.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، ج٣، ص٣٠٤، والدارقطني في سننه، ج٣، ص٢٧، وأخرجه الحاكم في: «المستدرك»، ج٢، ص٤٩، وقال: رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، وقال في «التعليق المغني على الدارقطني»، ج٣، ص٢٧ ما نصه: «الحديث أخرجه أبو داود في القضاء، وابن حبان في صحيحه، والحاكم في «المستدرك» في البيوع، وسكت عنه، وضعفه ابن حزم، وعبد الحق، وسنه الترمذي، قال الذهبي في مختصره: كثير بن زيد ضعفه النسائي، ومشاه غيره».

(٢) الحديث أخرجه: الترمذي في: «سننه»، ج٢، ص٤٠٣، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام، باب الصلح، ج٢، ص٧٨٨، حديث رقم: ٢٣٥٣، والدارقطني في: «سننه»، ج٣، ص٢٧، حديث رقم: ٩٨، وأخرجه البيهقي في: السنن الكبرى، ج٦، ص٧٩.

فلا يعلم ما هو عهد الله إلا بنصٍّ وارد فيه.. وقد نصَّ رسول الله ﷺ على أن «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، والباطل لا يحل الوفاء به»[(١)].

وأما حديث «المسلمون على شروطهم»، فقد ناقشه ابن حزم بأنه ضعيف، وبيَّن سبب ضعفه، ثم إنه لو صح يكون حجة لمن قال بالبطلان؛ لأن شروط المسلمين هي التي أباحها الله لهم، لا التي نهاهم عنها، وأما التي نهوا عنها فليست شروط المسلمين.

ثم ذكر أن كلَّ شرط لم يرد النصُّ من القرآن أو السنّة بأباحته فهو باطل، وإذا بطل الشرط كان العقد الذي اشتمل عليه باطلًا[(٢)].

الإجابة عن هذه المناقشة:

أجاب ابنُ القيم عن المناقشة السابقة، فقال: «.. أما تخصيصها فلا وجه له، وهو يتضمن إبطال ما دلّت عليه من العموم، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله».

وأما ضعف بعضها من جهة السند فلا يقدح في سائرها، ولا يمنع من الاستشهاد بالضعيف وإن لم يكن عمدة.

وأما معارضتها بما ذكرتم فليس بحمد الله بينها وبينه تعارض، وهذا إنما يعرف بعد معرفة المراد بكتاب الله في قوله: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله..» ومعلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعًا، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن، بل علمت من السنّة، فعلم أن المراد بكتاب الله: حكمه.. فكتابه سبحانه يطلق على كلامه، وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله، ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له

---

(١) المحلى، ج٩، ص٤٠٧.
(٢) المحلى، ج٩، ص٤٠٧ ـ ٤٠٨.

فيكون باطلًا، فإذا كان الله ورسوله ﷺ قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون شرطًا مخالفًا لحكم الله، ولكن أين في هذا أن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلًا حرامًا؟ وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحلَّه الله، أو إباحة ما حرمه أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده»[(١)].

وأما حديث: «المسلمون على شروطهم»، فقد ورد بألفاظ متقاربة، ومن طرق متعددة، وتضعيف ابن حزم له هو محل نظر:

فقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية بعد إيراده لهذا الحديث من عدة طرق ما نصه:

«وهذه الأسانيد ـ وإن كان الواحد منها ضعيفًا ـ فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضًا»[(٢)].

وقال الشوكاني بعد أن أورد طرقه وأسانيده:

«ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنًا»[(٣)].

وأما الألباني فقد صحَّح الحديث فقال:

حديث «المسلمون على شروطهم»:

«صحيح، وقد روي من حديث أبي هريرة، وعائشة، وأنس بن مالك، وعمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبدالله بن عمر»[(٤)].

ثم بيَّن كل رواية عنهم وحكم عليها بمفردها، ثم قال بعد ذلك: «وجملة

---

(١) أعلام الموقعين، ج١، ص٣٤٨.
(٢) القواع النورانية الفقهية، ص١٩٨.
(٣) نيل الأوطار، ج٥، ص٢٥٥.
(٤) إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٢.

القول: أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره، وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد، فسائرها، مما يصلح الاستشهاد به»[(١)].

الدليل الثالث من أدلة القائلين بالصحة:

حديث جابر رضي الله عنه: أنه كان يسير على جمل له قد أعيا[(٢)]، فمرَّ النبي ﷺ فضربه، فدعا له، فسار سيرًا ليس يسير مثله، ثم قال: «بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال: «بعنيه بوقية» فبعته، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمناه أتيته بالجمل، ونقدني ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على أثري، قال: «ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك ودراهمك فهو لك». متفق عليه[(٣)].

وفي لفظ لأحمد[(٤)]، والبخاري[(٥)] «وشرطت ظهره إلى المدينة»[(٦)].

وجه الدلالة من الحديث:

دلَّ الحديث على صحة استثناء واشتراط منفعة المبيع لمصلحة البائع إذا كانت معلومة.

---

(١) إرواء الغليل، ج٥، ص١٤٥ ـ ١٤٦.
(٢) أعيا: الأعياء التعب والعجز عن السير، نيل الأوطار، ج٥، ص١٧٨.
(٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز. صحيح مسلم بشرح النووي، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، ج١١، ص٣٠.
(٤) مسند الإمام أحمد، ج٣، ص٢٩٩.
(٥) صحيح البخاري كتاب الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمّى جاز، ج٣، ص٢٤٨.
(٦) ورد الاستدلال بالحديث في: بداية المجتهد، ج٢، ص١٥٩، ١٦١، المجموع، ج٩، ص٣٧٨، المغني، ج٤، ص١٠٩، القواعد النورانية الفقهية، ص٢١١، أعلام الموقعين، ج٢، ص٣٢٧، المبدع، ج٤، ص٥٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، المحلى، ج٩، ص٤١٠، شرح السنّة للبغوي، ج٨، ص١٥٩، فتح الباري، ج٥، ص٣١٤، سبل السلام، ج٣، ص٨، نيل الأوطار، ج٥، ص١٧٨.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: أن الحديث قد اختلفت ألفاظه: فمنهم من ذكر فيه الشرط، ومنهم من ذكر فيه ما يدل عليه، ومنهم من ذكر ما يدل على أنه كان بطريق الهبة، وهي واقعة عين يتطرق إليها الاحتمال[١].

وقد أجيب عن هذه المناقشة:

بأنه وإنْ اختلف الرواة عن جابر ﵁: هل وقع الشرط في العقد؟ أو كان ركوبه للجمل بعد البيع إعارة من النبي ﷺ فإنَّ البخاري ﵀ قد قال: «الاشتراط أكثر وأصح عندي»[٢].

وقال ابن حجر بعد أن ذكر قول البخاري السابق:

«.. والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عددًا من الذين خالفوهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح».

ويترجح أيضًا بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة، وهم حفاظ، فتكون حجة.

وليست رواية من لم يذكروا الاشتراط منافية لرواية من ذكره؛ لأن قوله: «لك ظهره»، و«أفقرناك ظهره»، و«تبلغ عليه» لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك.. وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث؛ لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح، قال ابن دقيق العيد: إذا

(١) فتح الباري، ج٥، ص٣١٤ ـ ٣١٥.
(٢) صحيح البخاري، ج٣، ص٢٤٩.

اختلفت الروايات، وكانت الحجة ببعضها دون بعض توقف الاحتجاج بشرط تعادل الروايات، أمَّا إذا وقع الترجيح لبعضها بأن تكون رواتها أكثر عددًا أو أتقن حفظًا فيتعين العمل بالراجح؛ إذ الأضعف لا يكون مانعًا من العمل بالأقوى، والمرجوح لا يمنع التمسك بالراجح»[١].

الوجه الثاني من أوجه مناقشة الاستدلال بالحديث: إن الاشتراط في حديث جابر صحيح لكن يمكن تأويله بأن البيع المذكور لم يكن حقيقة، فإنه لم يوجد هناك تسليم ولا قبض، فلم يكن بيع حقيقة، لقوله في آخر الحديث «ما كنت لآخذ جملك، فخذ جملك ذلك فهو مالك».

وقد جنح إلى هذا التأويل «الطحاوي» في «شرح معاني الآثار»[٢]، وأورد نحو هذا البغوي في «شرح السنّة»[٣].

وقد أجيب عن هذه المناقشة:

بما نقله ابن حجر عن القرطبي: «من أنها دعوى مجردة، وتغيير وتحريف لا تأويل، قال: وكيف يصنع قائله في قوله: «بعته منك بأوقية» بعد المساومة؟ وقوله «قد أخذته»، وغير ذلك من الألفاظ المنصوصة في ذلك»[٤].

الوجه الثالث: أن الركوب المستثني في حديث جابر إن كان من مال المشتري فالبيع فاسد؛ لأنه شرط لنفسه ما قد ملكه المشتري، وإن كان من ماله ففاسد؛ لأن المشتري لم يملك المنافع بعد البيع من جهة البائع، وإنما ملكها، لأنها طرأت في ملكه[٥].

---

(١) فتح الباري، ج٥، ص٣١٨.
(٢) ج٤، ص٤٢.
(٣) ج٨، ص١٦٠.
(٤) فتح الباري، ج٥، ص٣١٥.
(٥) فتح الباري، ج٥، ص٣١٩.

قال ابن حزم في هذا المعنى:

«.. لأن منافع ما باع البائع من دار.. أو غير ذلك، فإنما هي له ما دام كل ذلك في ملكه، فإذا خرج عن ملكه فمن الباطل والمحال أن يملك ما لم يخلقه الله تعالى بعد، من منافع ما باع، فإذا أحدثها الله تعالى، فإنما أحدثها الله تعالى في ملك غيره، فهي ملك لمن حدثت عنده في ملكه»(١).

وقد أجيب عن هذه المناقشة:

«بأن المنفعة المذكورة قدرت بقدر من ثمن المبيع ووقع البيع بما عداها، ونظيره من باع نخلًا قد أبرت واستثنى ثمرتها، والممتنع إنما هو استثناء شيء مجهول للبائع والمشتري، أما لو علماه معًا فلا مانع، فيحمل ما وقع في هذه القصة على ذلك»(٢).

الدليل الرابع من أدلة القائلين بالصحة:

ما رواه جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم»(٣) أخرجه الترمذي والنسائي.

وجه الدلالة من الحديث:

أنه دلَّ بظاهره على أن الاستثناء في البيع إذا كان معلومًا للمتعاقدين يصح البيع، واستثناء منفعة العقار مدة معلومة للمتعاقدين يندرج تحت الثنيا المعلومة، فيكون صحيحًا.

---

(١) المحلى، ج٩، ص٤١٠.
(٢) فتح الباري، ج٤، ص٣١٩.
(٣) ورد الاستدلال به في: المغني، ج٤، ص١٠٩، القواعد النورانية الفقهية، ص٢١٣، المبدع، ج٤، ص٥٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٠، حاشية المقنع، ج٢، ص٢٧.

الدليل الخامس: الآثار عن الصحابة ﭬ:

فقد أخرج ابن حزم في «المحلى»[(١)] في أثناء مناقشة أدلة القائلين بصحة بعض الشروط بعض الآثار عن الصحابة ﭬ منها:

ما رواه عن عتبة بن مسعود قال: «إن تميمًا الداري باع داره واشترط سكناها حياته، وقال: إنما مثلي مثل أم موسى ردّ عليها ولدها، وأعطيت أجر رضاعتها».

وما رواه عن مرة بن شراحيل قال: «باع صهيب داره من عثمان واشترط سكناها»، وبه يأخذ أبو ثور، فخالفوه، ولا مخالف لذلك من الصحابة ممن يجيز الشرط في البيع.

واحتج شيخ الإسلام ابن تيمية بقول عمر ﭬ: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[(٢)].

ومما سبق يتضح أن عمل الصحابة ﭬ قد جرى على جواز اشتراط منفعة العقار المبيع.

---

(١) ج٩، ص٤١٧.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص٢٠٠، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ١٥٠.

وأما الأثر عن عمر ﭬ، فقد جاء في صحيح البخاري معلقًا في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج٧، ص٢٦، قال ابن حجر في فتح الباري، ج٩، ص٢١٧، «وصله سعيد بن منصور من طريق إسماعيل بن عبيد الله، وهو ابن أبي المهاجر عن عبدالرحمن بن غنيم قال: «كنت مع عمر.. إلى قوله فيه قال عمر: إن مقاطع الحقوق عند الشروط». وقال ابن مفلح في «المبدع»، ج٤، ص٥٤ ما نصه: «واحتج في «التعليق» و«الانتصار» وغيرهما بشراء عثمان من صهيب أرضًا، وشرط وقفها عليه وعلى عقبة». وينظر في هذا الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص٢١٩، الفروع، ج٤، ص٥٩.

الدليل السادس:

أن استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة يترتب عليه تأخير تسليمه إلى المشتري مدة معلومة، وهذا لا يضر قياسًا على ما لو باعه دارًا مؤجره، أو أرضًا مزروعة، فإن هذا يصح مع أنه يتأخر التسليم إلى انتهاء عقد الإجارة، وإلى حصد الزرع، فكان بيع العقار مع استثناء منفعته مدة معلومة صحيحًا قياسًا عليه.

وكذلك بيع الأمة المزوجة، فإن المشتري يملكها، ويملك الانتفاع بها، ولا يدخل في البيع منفعة بضعها فإنها للزوج.

ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري كما في الصور السابقة، وكما في النخل المؤبر إذا بيع، وكذلك يصح استثناء منفعة العقار المبيع قياسًا ما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير[(١)].

هذه هي الأدلة على صحة استثناء منفعة المبيع، وقد نصَّ الحنابلة على أنه لا فرق في ذلك بين استثناء المنفعة للبائع أو لغيره إذا كانت المدة معلومة.

فقد ذكر في الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية[(٢)]، قول الحنابلة ودليلهم فقال: «وإذا شرط البائع نفع المبيع لغيره مدة معلومة: فمقتضى كلام أصحابنا جوازه، فإنهم احتجوا بحديث أم سلمة: «أنها أعتقت سفينة، وشرطت عليه أن يخدم النبي ﷺ ما عاش»[(٣)]».

---

(١) المغني، ج٤، ص١٠٩ ـ ١١٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤، القواعد النورانية الفقهية، ص٢١٤ ـ ٢١٥، مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٧٢ ـ ١٧٣، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٠.

(٢) ص٢١٩.

(٣) الحديث أخرجه الإمام أحمد في: «المسند» (الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد، ج١٤، ص١٥٥) وأخرجه ابن ماجه في «سننه» كتاب العتق، باب من أعتق=

«واستثناء خدمة غيره في العتق كاستثنائها في البيع».

دليل القول الثالث:

القول الثالث أنه يصح البيع ويبطل الشرط، وقد استدل عليه بحديث عائشة رضي الله عنها في عتق «بريرة» الذي جاء فيه قوله ﷺ: «خذيها فأعتقيها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق، قالت عائشة: فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد، فما بال رجال منكم يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله؟ فأيما شرط كان ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق يا فلان ولي الولاء إنما الولاء لمن أعتق». متفق عليه[(١)].

وفي لفظ: «لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق».

وفي لفظ: «اشتريها، ولا يضرك ما قالوا فإنما الولاء عن المعتق».

وجه الدلالة من الحديث:

بيَّنَ الطحاوي بعد إيراده حديث بريرة وجه الدلالة منه؛ حيث قال:

=عبدًا واشترط خدمة، ج٢، ص٨٤٤، حديث رقم: ٨٤٤. وأخرجه الحاكم في «المستدرك» كتاب العتق، باب العتق على الشرط، ج٢، ص٢١٣ ـ ٢١٤، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». ووافقه الذهبي في التلخيص.

(١) الحديث: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: البيع مع النساء، ج٣، ص٩٣، وفي المكاتب، باب: ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطًا ليس في كتاب الله، ج٣، ص١٩٨، وباب: استعانة المكاتب وسؤاله الناس، ج٣، ص١٩٩، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: العتق، باب: بيان أن الولاء لمن أعتق، ج١، ص١٣٩. (صحيح مسلم بشرح النووي).

«وذهب الذين أبطلوا الشرط في ذلك، وجوزوا البيع إلى حديث بريرة.. قالوا فلما كان أهل بريرة أرادوا بيعها على أن تعتق، ويكون ولاؤها لهم، فقال النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «لا يضرك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق»، دلَّ ذلك أن هكذا الشروط كلها، التي تشترط في البيوع، وأنها تبطل، وتثبت البيوع»[(١)].

المناقشة:

يناقش هذا الاستدلال بما يلي:

أولًا: ما سبق نقله عن ابن القيم رحمه الله من أن المراد بكتاب الله: حكمه، وأن رسول الله ﷺ قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون شرطًا مخالفًا لحكم الله، وليس في الحديث أن كل الشروط في البيع باطلة.

ثانيًا: ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أنه إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله، لم يكن مخالفًا لكتاب الله وشرطه، فالمعنى: من اشترط أمرًا ليس في حكم الله ولا في كتابه فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط، ولما لم يكن في كتاب الله: أن الولاء لغير المعتق أبدًا كان هذا المشروط ـ وهو ثبوت الولاء لغير المعتق ـ شرطًا ليس في كتاب الله فهو باطل، أما الشرط إذا كان صحيحًا فلا يدلّ الحديث على بطلانه[(٢)].

ثالثًا: أن الحديث يدل على صحة البيع مع الشرط الصحيح، وهو ما نقله الزيلعي في «نصب الراية»[(٣)] عن ابن الجوزي حيث قال:

«واستدل ابن الجوزي في «التحقيق» على صحة البيع بشرط العتق

(١) شرح معاني الآثار، ج٤، ص٤٢ ـ ٤٣.
(٢) القواعد النورانية الفقهية، ص٢٠٧.
(٣) ج٤، ص١٨.

بحديث بريرة عن عائشة، اشترتها بشرط العتق، فأجاز النبي ﷺ ذلك، وصحَّح البيع والشرط، وإنما بيّن فيه بطلان شرط الولاء لغير المعتق، ولم يذكر بطلان شرط العتق، وأقره صاحب «التنقيح» عليه».

يؤيد هذا ما جاء في «فتح الباري»[١]:

«قال القرطبي: قوله: «ولو كان مائة شرط» خرج مخرج التكثير، يعني: أن الشروط غير المشروعة باطلة ولو كثرت، ويستفاد منه أن الشروط المشروعة صحيحة».

الترجيح:

بعد ذكر الأقوال في هذه المسألة، وما استدل به لكل قول، ومناقشة ما أمكن مناقشته يترجح ـ والله أعلم ـ القول بصحة البيع مع استثناء منفعة المبيع مدة معلومة ولا فرق بين استثناء المنفعة للبائع أو لغيره وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول: قوة الأدلة التي استدل بها لهذا القول، فهي أدلة من القرآن، والسنّة، والآثار، والقياس، وقد سلم بعضها منها من المناقشة، وما أورد على بعضها الآخر فقد أجيب عنه.

السبب الثاني: أن ما استدل به أصحاب القولين الآخرين، لا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه لقوة ما أجيب به عن تلك الأدلة، كما أنه لا يقوى على معارضة أدلة القائلين بالصحة.

السبب الثالث: أن هذه المسألة مرتبطة بقاعدة الشروط في العقود، هل

---

(١) ج٥، ص١٨٩.

الأصل فيها: الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته؟ أو أن الأصل فيها الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصًّا أو قياسًا؟

والراجع أن الأصل فيها الجواز والصحة إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله، وقد دلَّ على رجحان هذا القول القرآن، والسنّة، والإجماع، والقياس مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي، كما نصَّ على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية(١)، وتلميذه ابن القيم(٢)، وبعض أدلة القول الثاني صريحة في أن الأصل في الشروط في العقود الصحة، ومما يوضح ذلك:

«أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم وقوله: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾(٣) عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حرامًا لم تكن فاسدة، وكانت صحيحة... وأيضًا فإن الأصل في العقود رضى المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٤).. ولم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة.. ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك... وأيضًا فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقودًا ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها، فإن الفقهاء

---

(١) ينظر في ذلك: القواعد النورانية الفقهية، ص١٩٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٣٨.
(٢) إعلام الموقعين، ج١، ص٣٤٤.
(٣) سورة الأنعام، آية: ١١٩.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٩.

جميعهم ـ فيما أعلمه ـ يصحِّحونها إذا لم يعتقدوا تحريمها، وإن كان العاقد لم يكن حينئذٍ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد، ولا بقبول أحد لا يصح العقد إلا الذي يعتقد العاقد أن الشارع أحله، فلو كان إذنُ الشارع الخاص شرطًا في صحة العقود، لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه، كما لو حكم الحاكم بغير اجتهاد، فإنه آثم، وإن ان قد صادق الحق»(١).

ثم بيَّن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أن مما يترتب على القول بأن الأصل صحة الشروط إلا ما دلَّ الدليل على تحريمه: استثناء منفعة المبيع مدة معلومة فقال:

«فمن ذلك: ما ذكرناه من أنه يجوز لكل من أخرج عينًا من ملكه بمعاوضة، كالبيع والخلع، أو تبرع كالوقف والعتق، أن يستثني بعض منافعها، فإن كان مما لا يصلح فيه القربة ـ كالبيع ـ فلا بدَّ أن يكون المستثنى معلومًا.. وجماع ذلك: أن المبيع الذي يدخل في مطلق العقد بأجزائه ومنافعه يملكان اشتراط الزيادة عليه، كما قال النبي ﷺ: «من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، فجوز للمشتري اشتراط زيادة على موجب العقد المطلق، وهو جائز بالإجماع. ويملكان اشتراط النقص منه بالاستثناء كما «نهى النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم»، فدل على جوازها إذا علمت، وكما استثنى جابر ظهر بعيره إلى المدينة»(٢).

ما يترتب على استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة:

استثناء منفعة العقار المبيع مدة معلومة له آثار مختلفة سواء من حيث

---

(١) القواعد النورانية الفقهية، ص٢٠٠ ـ ٢٠٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٥٠ ـ ١٥٩.

(٢) القواعد النورانية، ص٢١١ ـ ٢١٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٦٨ ـ ١٧١.

التصرف في المنفعة المستثناة، أو التصرف في العقار المبيع، أو تقديم بدل عن العقار المبيع، أو عن المنفعة، وكذلك له آثار تترتب على هلاك العقار قبل استيفاء المنفعة، وقد فصَّل ذلك الحنابلة (رحمهم الله)، وهم أكثر الفقهاء الذين أخذوا بصحة البيع مع استثناء منفعة المبيع مدة معلومة، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

١ ـ حكم تصرف البائع في منفعة العقار المستثناة:

إذا أراد البائع تأجير العقار الذي باعه واستثنى منفعته مدة معلومة، أو إعارته لمن يقوم مقامه في تلك المدة فله ذلك[(١)]؛ لأنها منفعة مستحقة له بالاستثناء، فملك ذلك فيها قياسًا على منافع الدار المستأجرة، أو الموصى بمنافعها فإنه للمستأجر أو الموصى له إجارتها أو إعارتها فكذلك الحال في منفعة العقار المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة[(٢)].

ولكن يشترط أن يكون الشخص الذي يقوم مقامه في استيفاء المنفعة مماثلًا له في الانتفاع أو أدنى منه، فإن أراد إجارتها أو إعارتها لمن يضر بالعين ضررًا أكثر منه لم يجز ذلك، كما لا يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن يقوم مقامه إذا كان ضرره أكثر منه[(٣)].

---

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١١، الفروع، ج٤، ص٦٠، التنقيح المشبع، ص ١٢٧، الإنصاف، ج٤، ص٢٤٤، المبدع، ج٤، ص٥٤، الإقناع، ج٢، ص٧٩، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١، الروض المربع، ج٤، ص٢٩٧.

(٢) المغني، ج٤، ص١١١، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.

(٣) المصادر السابقة، وينظر معها: الإقناع، ج٢، ص٧٩، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٣٩٧.

٢ ـ حكم تصرف المشتري في العقار المستثنى منفعته:

إذا أراد مشتري العقار المستثنى منفعته، بيع ذلك العقار، فإن بيعه يصح، ويكون العقار في يد المشتري الثاني مستثنى المنفعة أيضًا حتى انقضاء المدة المستثناة للبائع الأول[(١)]، وذلك قياسًا على الدار المؤجرة إذا بيعت[(٢)].

فإن كان المشتري الثاني عالمًا بأنه مستثنى منفعة للبائع الأول فلا خيار له، قياسًا على من اشترى أمة مزوجة أو اشترى دارًا مؤجرة عالمًا بذلك[(٣)].

ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيبًا يعلم عيبه[(٤)]. فإن لم يكن عالمًا بذلك فله الخيار، لأنه عيب فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو دارًا مؤجرة[(٥)].

٣ ـ تقديم بدل عن العقار المبيع المستثنى منفعته، أو عوض عن المنفعة:

إذا أراد مشتري العقار أن يعطي البائع ما يقوم مقام العقار المستثنى نفعه حتى يسلمه ذلك العقار، أو أراد أن يعطيه عوضًا مقابل المنفعة في المدة

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١٠، الفروع، ج٤، ص٦٠، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٤، المبدع، ج٤، ص٥٤، الإقناع، ج٢، ص٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.
(٢) المغني، ج٤، ص١١٠، الفروع، ج٤، ص٦٠، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٤، المبدع، ج٤، ص٥٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.
(٤) المغني، ج٤، ص١١٠.
(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١٠، المبدع، ج٤، ص٥٤، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١.

المستثناة لم يلزم البائع قبوله، وله استيفاء المنفعة من عين المبيع[١]. نصَّ على ذلك الإمام أحمد[٢]؛ لأن حقَّه تعلق بالمبيع، فأشبه ما لو استأجر عينًا فبذل له الآخر مثلها[٣].

ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين، فلا يجبر البائع على قبول العوض[٤].

أما لو تراضيا على ذلك فهو جائز؛ لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما[٥].

وكذلك الحكم إذا أراد المشتري أخذ العوض عن المنفعة لم يلزم البائع بذل العوض، فإن تراضيا على ذلك جاز[٦].

٤ ـ تلف العقار المبيع قبل استيفاء المنفعة المستثناة:

إنْ تلف العقار المبيع المستثنى نفعه قبل استيفاء البائع للنفع، فلا يخلو الأمر إما أن يكون التلف بفعل المشترى أو تفريطه، أو لا.

---

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١١، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥، الإقناع، ج٢، ص٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٢.

(٢) المغني، ج٤، ص١١١، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١١، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١.

(٤) المغني، ج٤، ص١١١، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥.

(٥) المغني، ج٤، ص١١١، الشرح الكبير، ج٢، ص٢٤٥، الإقناع، ج٢، ص٨٠، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١.

(٦) الإقناع، ج٢، ص٨٠، كشاف القناع، ج٣، ص١٩٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١.

فإن كان التلف بفعل المشتري أو تفريطه لزمه أجرة مثله[(١)] فيما بقي من المدة[(٢)]؛ لتفويته المنفعة المستحقة على مستحقها[(٣)].

وأما إن كان التلف بغير فعل المشتري، ولا تفريطه لم يضمن[(٤)]؛ لأنه إنما استثنى منفعة هذا العقار بعينه، وقد تلف بغير فعل المشتري وتفريطه[(٥)].

---

(١) المغني، ج٤، ص١١٠، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤، الفروع، ج٤، ص٦٠، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٥، المبدع، ج٤، ص٥٤، الإقناع، ج٢، ص٧٩ ـ ٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١، وقد نقل ابن قدامة في المغني، ج٤، ص١١٠، عن الإمام أحمد أنه قال: يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل.
قال القاضي معناه عندي: القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، لأنه يضمن ما فات بتفريطه، فضمنه بعوضه، وهو أجرة المثل.

(٢) كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤، بشرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.

(٤) المغني، ج٤، ص١١٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٤، الفروع، ج٤، ص٦٠، الإنصاف، ج٤، ص٣٤٥، المبدع، ج٤، ص٥٤، الإقناع، ج٢، ص٨٠، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١.
وقال القاضي عليه ضمانه مطلقًا.
قال في الإنصاف، ج٤، ص٣٤٥: «وإن كان التلف بغير فعله وتفريطه: لم يضمن على الصحيح من المذهب... وقال القاضي: يضمن.. فعلى قول القاضي يضمنه بما نقص، جزم به في الفروع.
وقال في الرعاية الكبرى: وإن تلف بلا تفريطه ولا فعله: ضمن نفعه من قيمته: أخذ من ثمنه بنسبته.
وقيل: بل ما نقصه البائع بالشرط». انتهى.

(٥) المغني، ج٤، ص١١٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥.

ولأنه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها[١] قياسًا على ما لو تلفت النخلة المؤبرة، بثمرتها المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها.

وقياسًا على ما إذا باع حائطًا، واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت[٢].

وبالله التوفيق...

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٢٤٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، كشاف القناع، ج٣، ص١٩١.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٣٦، المغني، ج٤، ص١١٠، الشرح الكبير، ج٢، ص٣٤٥، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٦١، حاشية الروض المربع، ج٤، ص٣٩٧.